

UNIDAD I - SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

(Coordinadora de la Unidad: Dra. Mariana E. Prunotto)

I.- Noción de proceso y su función social - 1.- La razón de ser del proceso y las funciones del proceso - 2.- Una sucinta descripción del método de debate. 3.- El objeto del Proceso. 4.- Sistemas Procesales.- 4.1- El Impulso procesal. -4.2.- El sistema inquisitorio 4.3.- El sistema acusatorio. 4.4.- El sistema mixto.- 5.- Conclusión. -II.- El Nuevo Sistema Procesal Penal Cambio de Paradigma. 1.- El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia. -2.- Alternativas de solución frente al conflicto social. - 3.- Cuadro ejemplificativo del nuevo proceso penal - III.- Papel de la Policía en el Juicio penal. -1.- Participación como testigos o peritos en los juicios orales.- IV.- La Víctima en el nuevo sistema procesal penal. – 1.- La Víctima y el Querellante.

I.- Noción de proceso y su función social¹.

Aunque por el hecho de vivir en una sociedad el hombre sabe o intuye muchas de las instituciones que lo rodean no siempre piensa el porqué de las mismas, por ello realizaremos un breve y simple relato para señalar al lector desde donde se plantea la noción de proceso y, en particular, proceso penal, para luego seguir con el desarrollo doctrinario correspondiente.

La historia es la que nos da la explicación de porque el hombre peleó y murió para lograr el proceso que hoy queremos tener en materia procesal penal. Si se imagina un hombre viviendo en soledad que tenga al alcance de su mano todo lo que necesita para vivir y satisfacer sus necesidades de subsistencia, es imposible que este pueda concebir de idea de necesitar crear el derecho².

Pero el hombre no vive en soledad, sino que es un ser social y por ende vive en comunidad, convive, y es allí donde aparece la idea de conflicto: un mismo bien o cosa que no quiere o no puede compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros y así, varios quieren contemporánea y excluyentemente la misma cosa o bien.

Al presentarse un conflicto de intereses contrapuestos (dame- no te doy; pretensión – resistencia³), el estado de conflicto genera problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo.

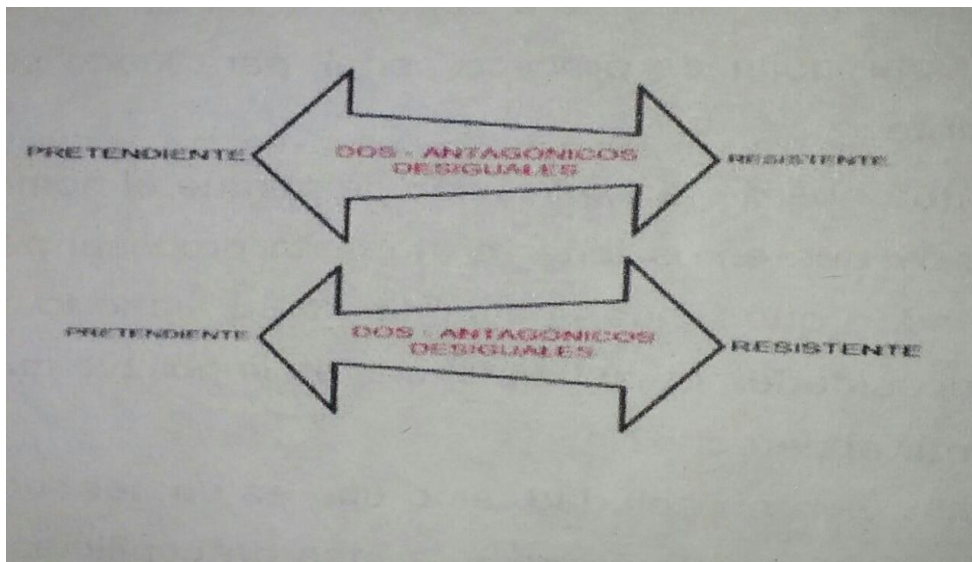
¹ Texto base: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Sistema Procesal. Garantía de la libertad, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo y MEROL, Andrea, Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptado a la legislación de la Provincia de Santa Fe, Editorial Juris, Rosario, 2009.

² Debe recordarse que el derecho es una creación humana, es un acto racional del hombre, por ello se puede modificar y adaptar a la realidad de cada momento histórico y de cada sociedad, lo que debe respetar siempre el derecho son los principios lógicos para evitar contradicciones que llevan a la creación de un derecho injusto

³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Sistema Procesal. Garantía de la libertad, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 27.

En los primeros tiempos el conflicto se resolvían sólo por el uso de la fuerza: él más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento. El hecho que el hombre siempre estuviera defendiendo sus posesiones a través de la fuerza hacía inviable la paz necesaria para poder evolucionar y subsistir. Por ello es obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr a sobre vivencia de la sociedad misma como tal, el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera la destrucción. Frente a la existencia de un *conflicto*, la solución sólo se lograba con la realización de un acto de fuerza. En otras palabras: usando la *razón de la fuerza*.

Atendiendo a la desigualdad natural existente siempre entre los diferentes hombres, la estructura de todo conflicto puede sintetizarse con una de las figuras que se muestran⁴.



Las figuras muestran partes enfrentadas se encuentran una frente a la otra y el ancho de las flechas que los separan se encuentra engrosado tanto del lado del pretendiente (en la primera figura) como del lado del resistente (en la segunda figura), queriendo significar con ello que uno (no importa cuál) es siempre más fuerte que el otro. Lo que lleva a imaginar cuál de los contendientes resultará ganador en la desigual lucha.

⁴ Cuadro tomado de ALVARADO VELLOSO, Adolfo y MEROL, Andrea, Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptado a la legislación de la Provincia de Santa Fe, Editorial Juris, Rosario, 2009, p. 48.

No hay un acontecimiento en la historia de la humanidad que haga saber a ciencia cierta como hizo el débil para convencer al fuerte para eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: el uso de la razón.

Al suceder este cambio surgió el dialogo como forma natural de autocomponer pacíficamente sus conflictos, evolucionando a que cuando las partes no puedan resolver sus diferencias acepten la decisión de un tercero sobre el conflicto, y siguiendo en la historia que la ley les dijera como solucionar el conflicto y ante quien.

De allí en más se posibilitó el *diálogo* y, con él, la realización de los medios autocompositivos que pueden operar *directamente* (desistimiento, allanamiento y transacción) o *indirectamente*, con la ayuda de un tercero particular (actuando como amigable componedor o como mediador) para *disolver* el conflicto ese tercero particular podía *resolverlo*, actuando como *árbitro* o *arbitrador*.

Cuando la autocomposición –directa o indirecta– no es posible, sólo queda la pretendiente, como única alternativa final, el *proceso judicial* ante una *autoridad* (el jefe de la tribu o del clan, el pretor, el señor feudal, el rey, el juez, etc.).

La idea de proceso, concebido entonces como *medio pacífico de debate dialéctico*, fue uno de los grandes inventos de la antigüedad pues posibilitó que el hombre trabajara con ella en paz.

En el proceso la discusión se efectúa dialécticamente⁵ ante un tercero que la regula, dirige y que, por ser precisamente un *tercero*,

A.- no era *pretendiente* ni *resistente* (es decir, ostentaba la cualidad de *imparcial*, que significa *no ser parte*),

B.- no tenía interés personal en el resultado del conflicto (cualidad de *imparcial*)

C.- y no se encontraba en situación de *obediencia debida* respecto de alguna de las partes en conflicto (cualidad de *independiente*).

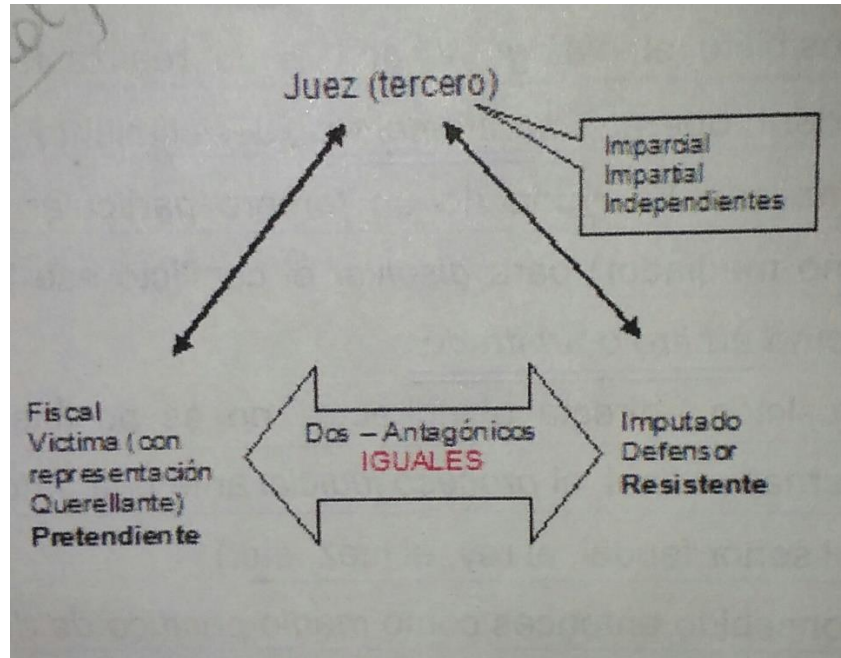
Se presenta así la estructura del proceso como el medio de discusión: representada por un triángulo equilátero que muestra a los dos contendientes en la base, uno contra el otro (naturalmente desiguales) y *equidistantes* (lo que da clara idea de relativa *igualdad*) del tercero que ha de resolver el conflicto y que, al dirigir el debate,

⁵ Dialéctica: 1. f. Arte de dialogar, argumentar y discutir. 2. f. Método de razonamiento desarrollado a partir de principios. 3. f. Capacidad de afrontar una oposición.

<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=dial%E9ctica> consulta realizada el 29/09/2013

asegura a ambos opositores *un tratamiento jurídico idéntico*. Y ello es, precisamente, *lo que hace iguales a los desiguales*. La igualdad es meramente *jurídica y de oportunidades*, no real.⁶

Véase ahora cómo es la figura que representa la idea expresada⁷:



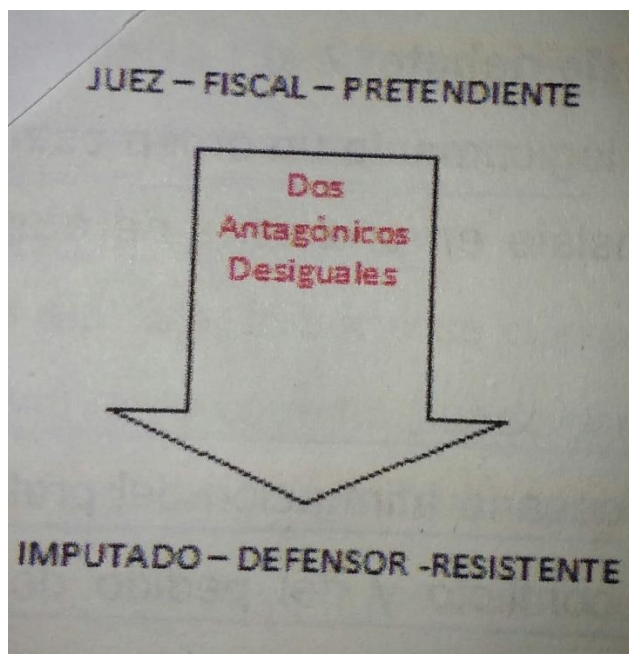
Esta idea de proceso como *el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*.⁸

Esta es la base del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe. Este sistema se llama Sistema acusatorio el cuál seguiremos desarrollando en los puntos siguientes, pero es correcto que el lector ya comience a relacionar la idea basal de uno y otro sistema.

Por ello para que se pueda comparar desde representación el sistema acusador (Nuevo sistema procesal penal de Santa Fe) con el sistema inquisitivo (sistema anterior y vigente del proceso santafecino) explicaremos gráficamente el segundo sistema.

La aparición del método inquisitivo llevó a que el mismo pretendiente (acusador) se convirtió en juez de su propia acusación, desnaturalizando así el método de enjuiciamiento que, a la sazón, ya exhibía una secular antigüedad. Y, a raíz de esto, el *método de discusión* se convirtió en *método de investigación*.

Presentado una figura que representa la verdadera estructura de este método de juzgamiento⁹:



Si se analiza con detenimiento el contenido del dibujo, se advertirá que la idea de *opresión* aparece clara: tanta es la desigualdad entre pretendiente y resistente, producto de hacer coincidir en una misma persona los papeles de acusador y juzgador, que la flecha se coloca ahora en forma vertical, representativa de la desigualdad existente entre la autoridad que ejerce el poder y el particular que lo sufre.

1.- La razón de ser del proceso y las funciones del proceso

La razón de ser del proceso es la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia, evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia.

El proceso cumple así una doble función¹⁰:

a) *privada*: es el instrumento que tiene todo individuo en conflicto para lograr una solución (en rigor, resolución) del Estado, al cual debe ocurrir necesariamente si es que no ha logrado disolverlo mediante una de las posibles formas de autocomposición¹¹;

b) *pública*: es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada. Para efectivizar esta garantía, el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado.

10 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Sistema Procesal. Garantía de la libertad, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 37.

11 Autocomposición directa: desistimiento, allanamiento y transacción; indirecta con la ayuda de un tercero particular actuando como amigable componedor, mediador o árbitro.

12 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Sistema Procesal. Garantía de la libertad, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 41.

2.- Una sucinta descripción del método de debate¹²

La serie de actos a cumplir debe guardar lógicamente un orden estricto, que opera como modelo patrón de la discusión y que consiste en una serie de etapas ideadas al efecto por el legislador.

Etapas:

1.- Primera Etapa: Afirmación: es la necesaria afirmación del pretendiente (actor o acusador) respecto de la existencia de un conflicto y del pedido de solución o de sanción.

El juez no puede resolver sin escuchar previamente la versión de los hechos por parte del resistente, que puede ser por completo diferente.

2.- Segunda Etapa: Negación: constituida por una posibilidad de negación del resistente (demandado o reo/imputado) respecto de la afirmación efectuada por el actor o acusador.

Es el juez que debe resolver ante estas dos posiciones dando la razón a uno o a otro, en todo o en parte. Siempre hay un ganador y un perdedor en el proceso es imposible empatar.

Si ambos contendientes actúan en pie de igualdad, por tanto, no sirve al efecto conocer cuál de los dos es más importante, o más rico, o con más prestigio social, etc., pues nada de ello interesa dentro del proceso –donde la natural desigualdad que hay entre los hombres se iguala jurídicamente–.

A efecto de contar con los elementos suficientes para convencer al Juez se abre la siguiente etapa para que las partes prueben.

3.- Tercera Etapa: Confirmación (Prueba): durante esta cada uno de los interesados (partes del proceso) –mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas que enunciaré oportunamente– llevarán al juez los medios de prueba de las respectivas versiones.

Para lograr el convencimiento del Juez es necesaria una etapa más donde las partes puedan unir de forma racional los diversos elementos aportados con las versiones aportadas por cada parte.

4.- Cuarta Etapa: Alegación: durante la cual cada parte hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.

En síntesis, la serie se compone de los siguientes actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado:

afirmación - negación - confirmación - alegación.

Sin la totalidad de los actos que componen la serie no existe proceso.

Esta serie es idéntica para todos los supuestos justiciables: no interesa cuál es la materia a decidir (civil, comercial, penal, etc.) ni quiénes son los contendientes, ya que tal serie es la que hace que un proceso sea un proceso y no otra cosa.

3.- El Objeto del Proceso

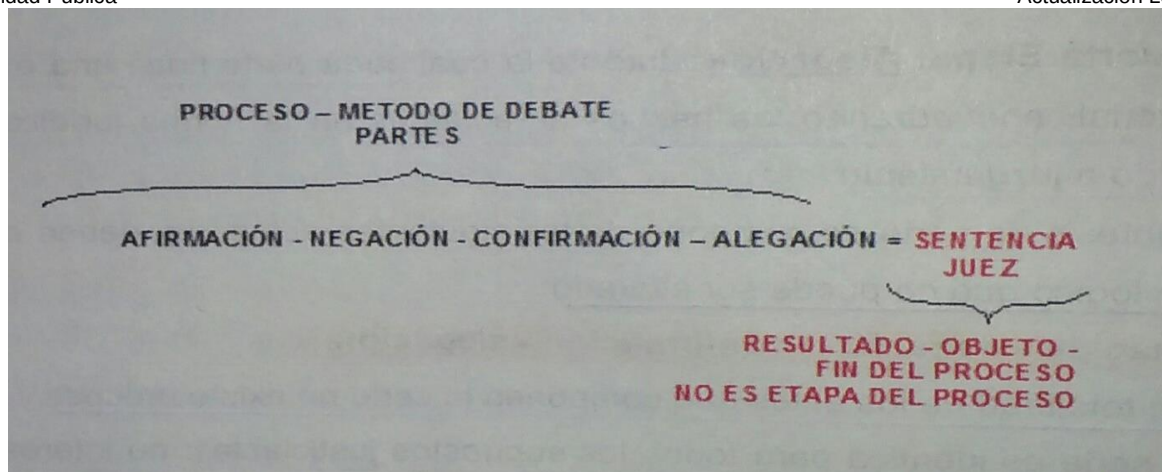
La serie de actos recién descritos –afirmación, negación, confirmación y alegación– constituye el proceso, entendido como medio de debate.

Toda la serie procesal tiende a su natural y único objeto: lograr una declaración del juez¹³, la que efectúa a través de la SENTENCIA que viene a constituirse así en el objeto del proceso.

Quien afirma (Actor-Fiscal-Pretendiente) comienza–impulsa el proceso llevando su Afirmación (petición- acusación) ante el juez quien se la comunica a la otra parte (Demandado–Imputado/Defensor-Resistente) para este presente su Negación (Rechazo-Defensa), luego las partes prueban-Confirman sus correspondientes afirmaciones y negaciones, para llegar a una conclusión que una la afirmación o negación de forma lógica con la prueba presentada. El Juez durante el proceso dirige este debate sin intervenir.

Una vez finalizado el proceso, ahora sí el Juez hace su trabajo que es sentenciar, decidir en base a lo presentado por las partes a cuál le asiste la razón. La sentencia es el acto judicial que resuelve el litigio ya procesado.

13 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Sistema Procesal. Garantía de la libertad, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 43.



4.- Sistemas Procesales

4.1- El impulso procesal

El tema de los sistemas procesales es mucho más trascendente de lo que se plantee en general, además de establecer quién puede llevar el impulso procesal - o sea hacer avanzar la serie hasta lograr su objeto -, también se define desde la ley cuál es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política del lugar.

El proceso puede ser utilizado:

a.- como medio de control social y, llegado el caso, como medio de opresión, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en filosofías políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano.

b.- como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República.

También dependerá la elección de como actuará el juez en el proceso, puede optarse en entre un magistrado que:

a.- privilegie la meta por sobre el método y haga lo que le parezca en la incansable búsqueda de la verdad real para lograr satisfacer el propio sentido de justicia (caso del juez inquisitorial).

b.- privilegie el método por sobre la meta y se contente con lograr el pleno mantenimiento de la paz social, dando certeza a las relaciones jurídicas y aplicando las garantías constitucionales por sobre toda otra norma que se oponga a ellas (caso del juez en el sistema acusatorio).

Para concretar esta opción se han generado en la historia de la humanidad sólo dos sistemas claramente antagónicos: el dispositivo o acusatorio y el inquisitivo o inquisitorial.

4.2- El sistema inquisitorio

Coordinador General: Dr. Fernando M. Rodrigo
Autores: Dr. Adolfo B. J. Prunotto Laborde, Dr. Carlos Pareto - Dr. Fernando M. Rodrigo y Dra. Mariana E. Prunotto.

Es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad – actuando como lo haría un pretendiente– se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador.

“Sus características son:

1.- el mismo juez comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;

2.- el mismo juez se encarga de buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas.

3.- el mismo juez –que primero investigó, luego imputó y después probó la imputación– es quien ahora juzga;

4.- ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que –se le ha enseñado– tiene con la Verdad y la Justicia”¹⁴.

La aplicación del método inquisitivo es común en lo penal en casi todas las leyes argentinas vigentes para el enjuiciamiento. Este sistema es el que caracterizaba el viejo proceso penal en Santa Fe.

4.3.- El sistema acusatorio.

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.

Este sistema presenta los siguientes rasgos caracterizadores:

“a.- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. Nunca por el juez;

b.- el impulso procesal sólo es dado por las partes. Nunca por el juez;

c.- el juicio es público salvo casos excepcionales;

d.- existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)

f.- y el juez es un tercero que, como tal, es imparcial (no parte), imparcial (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona distinta de la del acusador;

g.- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley;

h.- nadie intenta lograr la confesión del demandado o imputado, pues su declaración es un medio de defensa y no de prueba, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones);

i.- correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia;

j.- se prohíbe la tortura;

k.- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa, quién lo acusa y quiénes son los testigos de cargo”¹⁵;

En lo penal, desde siempre, todo juzgamiento se hizo con irrestricto apego al sistema inquisitivo, en todas las provincias y respecto de todos los delitos y faltas. Hasta

¹⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo y MEROI, Andrea, Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptado a la legislación de la Provincia de Santa Fe, Editorial Juris, Rosario, 2009, p. 65/66.

hace relativamente poco tiempo, ya que la provincia de Buenos Aires adoptó el sistema acusatorio en el año de 1998¹⁶. El nuevo sistema santafecino impuso el Sistema Acusatorio en todo el territorio de la provincia.

Cuadro comparativo¹⁷:

Sistema acusatorio (o dispositivo)	Sistema inquisitivo
1) el proceso se inicia sólo por <i>acción</i> del interesado	1) el proceso se inicia por <i>acción</i> (acusación), por <i>denuncia</i> o de <i>oficio</i>
2) el impulso procesal lo efectúan <i>los interesados</i> , no el juez	2) el impulso procesal es efectuado <i>por el juez</i>
3) el acusado (o demandado) <i>sabe</i> desde el comienzo quién y por qué se lo acusa (o demanda)	3) el acusado (o demandado) <i>no sabe</i> desde el comienzo quién ni por qué se lo acusa (o demanda)
4) el acusado <i>sabe</i> quién es el juez	4) el acusado puede <i>no saber</i> quién es el juez
5) el proceso es <i>público</i> , lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	5) el proceso es <i>secreto</i> , lo que posibilita el tormento

Como se ve, la figura central del sistema inquisitivo es el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo su carácter *totalitario*. En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

4.4.- El sistema mixto

Comprando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede entenderse que los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que no puede hablarse seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, son sistemas de procesamiento incompatibles en su esencia. Por eso es que no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto, o es inquisitivo o acusatorio.

¹⁶ El texto de CPP de BUE puede ser consultado en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/I-11922.html> (02.02.2009); el de CPP de SFE,

¹⁷ Cuadro de ALVARADO VELLOSO, Adolfo y MEROL, Andrea, Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptado a la legislación de la Provincia de Santa Fe, Editorial Juris, Rosario, 2009, p. 67.

5.- Conclusión

Acorde con textos constitucionales vigentes pregonan la idea que la actividad procesal debe concebirse en la *igualdad ante la ley*, remarcando la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etc.

Dentro del espíritu que exhibe la Constitución su meta es un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de *imparcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera puede afirmarse que todas las garantías constitucionales enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal viejo) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez es *juez y parte* al mismo tiempo. Se advierte a simple vista que ello no genera un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: el juez-acusador y el reo.

II.- El Nuevo Sistema Procesal Penal Cambio de Paradigma.

El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia supone simplifica el proceso, incorporando procedimientos especiales para la investigación y juicio de ciertos delitos; aprovechando los avances tecnológicos y una mejor regulación de institutos como la etapa intermedia en el procedimiento común, el procedimiento abreviado, el sobreseimiento, el principio de oportunidad y los obstáculos procesales al ejercicio de la acción.

Lo primero que el antiguo sistema procesal penal evidenció fue la incapacidad para aportar respuestas adecuadas y oportunas a las expectativas de la sociedad, “*su escasa eficacia se manifiesta en el excesivo tiempo insumido en el desarrollo de los procesos, la dispendiosa utilización de recursos en actividades que no conducen a resultados tangibles, el porcentaje de causas que terminan prescriptas, la baja cantidad*

de sentencias en relación con los hechos denunciados, etc. Más difícil de medir pero igualmente preocupante resulta ser la calidad de las resoluciones judiciales”¹⁸.

El antiguo sistema procesal penal santafesino, se caracterizaba por concentrar en una misma persona el poder de accionar (investigar los hechos) y el poder de jurisdicción (juzgar los hechos), su figura emblemática es el Juez de Instrucción quien investiga y juzga. La persona que es acusada no se encuentra frente a una parte igual sino frente al Juez quien además de acusarlo, lo va a juzgar.

Así se puede marcar las siguientes inconsistencias con el sistema constitucional:

El sistema de enjuiciamiento *inquisitivo* se caracterizaba esencialmente por concentrar los poderes de investigar, acusar y juzgar en una misma persona (el juez de instrucción), Se confundían en la misma persona, las instituciones procesales de acción (Fiscal) y jurisdicción (Juez) lo que representaba por la negación de la imparcialidad como elemento inherente a la administración de justicia¹⁹.

El ciudadano acusado carecía de derechos y era solo un objeto de persecución,

El procedimiento se caracterizaba por ser secreto y escrito, en el cual no existía la posibilidad de debate o contradicción sobre los argumentos ni las pruebas.

El inquisidor actuaba de *oficio*, investigando e incorporando pruebas.

La víctima no tenía participación alguna.

1.- El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia

El digesto promulgado establece un sistema de enjuiciamiento adversarial: las partes se enfrentan con igualdad de armas para que un tercero imparcial resuelva sus pretensiones, basándose en las pruebas que ellas ofrecen y que se producen en audiencia oral.

“Las principales instancias del nuevo Proceso Penal se plantean en audiencias públicas que posibilitan la presencia de cualquier miembro de la comunidad, que de esta

¹⁸ Prieu Mántaras, Roberto; Arietti, Carlos Ernesto; Oroño, Néstor Antonio y Szeifert, Sebastián Antonio, Simplificación del proceso en el Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe. En <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/nuevocodi.htm> consulta realizada el 01/01/13.

¹⁹ JAUCHEN, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I, Editorial Rubinzal, 2012 en <http://jauchenasociados.com.ar/wblogs/index.php?acc=ficha&idart=89628> consulta realizada 01/01/13

*manera puede conocer el desarrollo de los procesos penales y controlar la actuación de quienes participan en él*²⁰.

Se dispone una nueva forma de gestión, separando el quehacer administrativo del jurisdiccional. Para ello se elimina la vieja estructura de los juzgados y se crea una Oficina de Gestión Judicial, eliminando el tradicional expediente como soporte material del proceso, lo que se pretende que los jueces se dediquen a su misión específica de juzgar. Se avanza hacia la desburocratización y despapelización, se reconoce la simplicidad del trámite como objetivo privilegiado.

Los papeles de cada sujeto están absolutamente diferenciados:

- ♦ la investigación y el mantenimiento de la acusación quedan a cargo del Ministerio Público Fiscal;
- ♦ el órgano jurisdiccional de controlar la legalidad de la investigación y el respeto a las garantías constitucionales, juzgar y controlar la ejecución de la pena.
- ♦ la defensa cuenta con todas las facultades que le permiten ejercer su papel²¹
- ♦ Se reconoce a la víctima una activa participación, no sólo en la reparación del daño sino también en la búsqueda de la sanción penal -mediante la incorporación del querellante en los delitos de acción pública-.

También se reconoce la situación de la víctima o damnificado -en especial, la reparación del daño, el arrepentimiento del imputado, la solución o morigeración del conflicto o la conciliación- esta será tenida en cuenta por el actor penal al ejercer la acción, lo que otorga al fiscal una herramienta para buscar acuerdos, conciliaciones o alguna otra de las múltiples salidas que el ordenamiento contempla para evitar que la causa llegue a juicio -aplicación de criterios de oportunidad, suspensión del juicio a prueba, procedimiento abreviado-.

20 Material de difusión elaborado por la Dirección Provincial de Formación Cívica y Capacitación de los Operadores Judiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe (año 2010). Autores: Marcelo I. Hidalgo; Sebastián Moleón y Juan Manuel Neffen.

21 "Frente a esta actividad acusatoria se encuentra el imputado del delito, quien también tiene amplias facultades para defenderse por sí y a través de su abogado defensor, también aportando las pruebas que considere necesarias a esos fines; planteando su versión sobre lo ocurrido con absoluta libertad"; Material de difusión elaborado por la Dirección Provincial de Formación Cívica y Capacitación de los Operadores Judiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe (año 2010). Autores: Marcelo I. Hidalgo; Sebastián Moleón y Juan Manuel Neffen

El Ministerio Público puede planificar su actuación, habilitándose a fijar las políticas de persecución penal y el orden de prioridades que deberán atender los fiscales de distrito.

El procedimiento del Nuevo Código es único para los delitos de acción pública: el proceso ordinario, dividido en tres etapas -la investigación penal preparatoria (I.P.P.), el procedimiento intermedio y el juicio- (no hay mas división por materia – Instrucción y correccional-).

1.- La Investigación Penal Preparatoria: a cargo del Ministerio Público Fiscal tiene por finalidad reunir los elementos que permitan fundar la acusación, o lograr que las partes resuelvan el conflicto sin necesidad de aplicar una sanción. Las cuestiones principales -la audiencia imputativa y la aplicación de medidas de coerción personal- se tramitan oralmente. Desaparece el sumario prevencional y el fiscal dirige a la policía²².

2.- Concluida la investigación, si el fiscal considera que tiene elementos para obtener una sentencia condenatoria, formula por escrito requisitoria de acusación, lo que abre la etapa intermedia. Su principal objeto es controlar la acusación y supone un espacio para discutir la necesidad de abrir o no el juicio oral²³.

3.- La audiencia preliminar se desarrolla ante el mismo Tribunal de la Investigación Penal Preparatoria, allí se produce la prueba ofrecida y admitida respecto de lo solicitado.

El tribunal emite dos resoluciones:

- a.- Resuelve las cuestiones planteadas admitiendo o rechazando la requisitoria;
- b.- Una vez firme la requisitoria de elevación a juicio dispone la apertura del juicio.

En caso de corresponder, se dicta el Sobreseimiento, que podrá dictarse durante el juicio a solicitud del fiscal, cuando por nuevas pruebas resulten evidentes determinados supuestos vinculados con la cuestión de fondo.

²² "La etapa es esencialmente desformalizada: las diligencias investigativas se reducen en sus formas a lo mínimo e imprescindible para la recopilación y preservación de la información, evitándose el ritualismo extremo en actos que deben ser reproducidos en la audiencia de debate -allí sí como prueba-". Prieu Mántaras, Roberto; Arietti, Carlos Ernesto; Oroño, Néstor Antonio y Szeifert, Sebastián Antonio, Simplificación del proceso en el Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe. En <http://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/nuevocodi.htm> consulta realizada el 01/01/13.

²³ Las partes están facultadas para señalar los vicios formales de la acusación; oponer excepciones; solicitar el sobreseimiento, la suspensión del juicio a prueba, el anticipo jurisdiccional de prueba, medidas cautelares, la aplicación de un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado y la conciliación, así como plantear cualquier cuestión incidental que permita una mejor preparación del juicio. También, ofrecer las pruebas para el juicio e indicar si corresponde la intervención de un tribunal uni o pluripersonal. Prieu Mántaras, Roberto; Arietti, Carlos Ernesto; Oroño, Néstor Antonio y Szeifert, Sebastián Antonio, Simplificación del proceso en el Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe. En <http://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/nuevocodi.htm> consulta realizada el 01/01/13.

4.- Dispuesta la elevación de la causa, se integra el Tribunal de juicio por la Oficina de Gestión la cual fija el lugar y fecha del debate. El juicio²⁴ se caracteriza por la oralidad, publicidad, continuidad, concentración e inmediatez. El resultado final del mismo es el dictado de una sentencia.

El Código también contempla procedimientos especiales.

El más importante es el Juicio Abreviado²⁵, que puede ser solicitado por el fiscal y el defensor conjuntamente en cualquier momento de la I.P .P. El Tribunal, si lo declara admisible, remite la causa al Tribunal del juicio que oye al imputado y, en su caso, dicta sentencia de conformidad con la pena solicitada.

2.- Alternativas de solución frente al conflicto social.

Antes del nuevo Código Procesal Penal, se establecía como única respuesta posible frente al delito la imposición de una pena, generalmente privativa de la libertad (cárcel).

Esto era desproporcionado en determinados casos (delitos menores) y se hacía siempre sin considerar la voluntad de la propia víctima del delito, que en ocasiones no estaba interesada en que se privara de libertad al acusado.

El nuevo Código Procesal Penal establece alternativas a la aplicación de penas, considerando las particularidades del caso (delitos menores) y privilegiando fundamentalmente la voluntad de las partes en el conflicto concreto (víctima e imputado) y la reparación de los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo.

Es lo que sucede cuando el fiscal recurre a la aplicación de algunos de los llamados criterios de oportunidad; o cuando se resuelve la suspensión del procedimiento poniendo a prueba al imputado (exigiéndole determinada conducta por un tiempo); o cuando víctima e imputado arriban a una conciliación a través de la mediación penal.

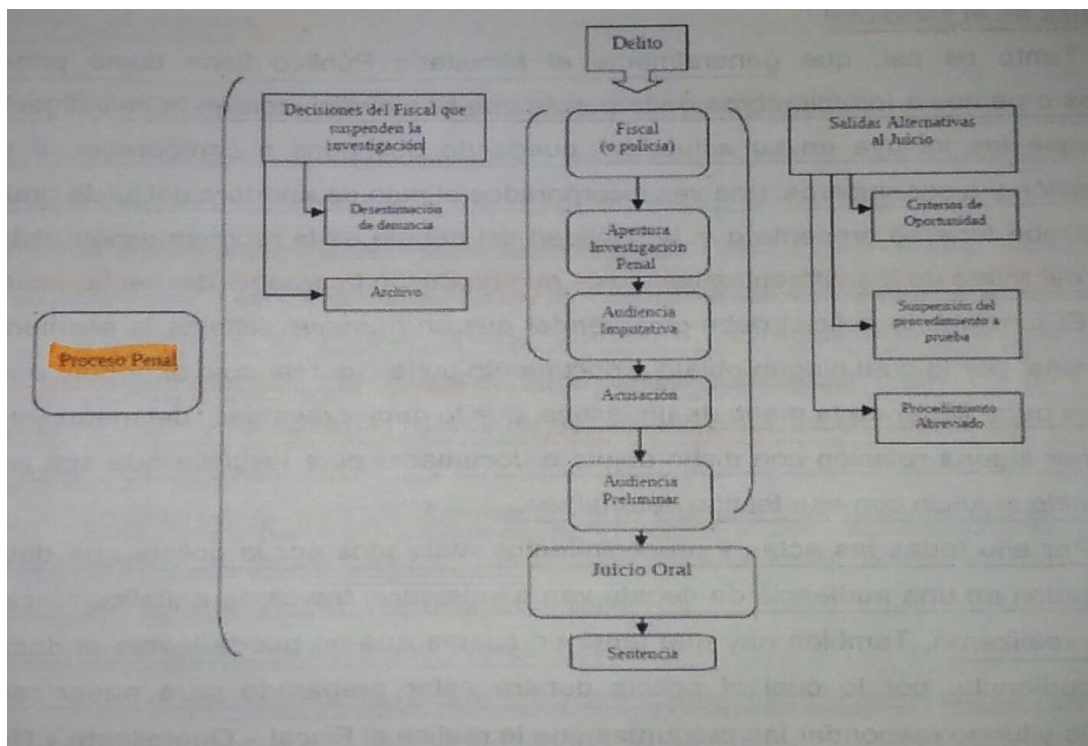
24 *"La argumentación judicial tiene un objetivo genérico y uno o varios objetivos concretos, que al ser realizados permiten construir lógicamente el discurso. El objetivo genérico es persuadir y convencer al tribunal. Persuadir, significa ganar la adhesión a la tesis o planteo del caso que se afirma, es lo que se desea que el tribunal crea y decida. El objetivo u objetivos concretos versan sobre lo que de manera específica se desea que el tribunal comprenda, haga y decida. Con la incorporación de las pruebas propias, el contraexamen de las pruebas de su adversario y los discursos persuasivos, cada una de las partes plantea una hipótesis y la argumentación con el fin de instalar en la mente del tribunal su versión como la única que se corresponde con la realidad de los hechos que son objeto del proceso y que le resultan favorables para vencer en la contienda".*

JAUCHEN, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I, Editorial Rubinzal, 2012 en <http://jauchenasociados.com.ar/wblogs/index.php?acc=ficha&idart=89628> consulta realizada 01/01/13

25 El pedido puede presentarse en el juicio hasta antes de los alegatos. Al lado, se regula un procedimiento extendido, previsto para casos complejos y que importa la duplicación de los términos. Prieu Mántaras, Roberto; Arietti, Carlos Ernesto; Oroño, Néstor Antonio y Szeifert, Sebastián Antonio, Simplificación del proceso en el Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe. En <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/nuevocodi.htm> consulta realizada el 01/01/13

Todas las alternativas mencionadas están previstas para los casos de delitos para los que se establecen penas menores y tienen por finalidad la superación del conflicto social que, como decíamos, subyace en todo delito.

3.- Cuadro ejemplificativo del nuevo proceso penal²⁶



III.- Papel de la Policía en el Juicio penal.

1.- Participación como testigos o peritos en los juicios orales.

En la medida que los juicios orales constituyen la forma en que se deben constituir los procesos para adoptar la decisión de condena o absolución, sin perjuicio de la multiplicidad de soluciones que forma la esencia de modelo, los funcionarios de la policía que practiquen diligencias de investigación deberán comparecer como testigos o peritos en los respectivos juicios orales²⁷.

En efecto, las diligencias de investigación le permitirán tomar conocimiento de determinados hechos o circunstancias, que sólo podrán ser conocidos por el tribunal oral en lo penal, en la medida que sean expuestos personalmente por los funcionarios policiales en el juicio oral.

Tanto es así, que generalmente el Ministerio Público tiene como principales testigos o peritos a los miembros de la policía que han participado en la investigación, de modo que los incluye en su actuación, quedando obligados a comparecer, a prestar declaración y a ser sinceros, una vez incorporados al auto de apertura del juicio oral.

Debe tenerse presente que la finalidad del debate es la reconstrucción histórica a través del relato de los diferentes testigos – que producen la prueba- del hecho acaecido.

El funcionario policial debe comprender que en el nuevo sistema la escritura debe ser eliminada, por lo cual ningún objeto o documento puede ingresar solo al debate del juicio, sino que debe llegar de la mano de un testigo, que lo debe presentar, del modo éste tiene

26 Material de difusión elaborado por la Dirección Provincial de Formación Cívica y Capacitación de los Operadores Judiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe (año 2010). Autores: Marcelo I. Hidalgo; Sebastián Moleón y Juan Manuel Neffen.

27 CAROCCA PÉREZ, Álex, Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal, Lexis Nexis, 3° edición, 2005, Chile, p 103.

que tener alguna relación con dicho objeto o documento para justificar que sea este sea introducido al juicio con ese testigo determinado.

Por ello todas las actas y procedimientos realizados por la policía que deban ser presentados en una audiencia de debate, van a ingresar a través de aquellos funcionarios que los realizaron. También hay que tener en cuenta que no puede leerse el documento en la audiencia, por lo cual el policía deberá estar preparado para poder relatar lo realizado y luego responder las preguntas que le realice el Fiscal – Querellante y Defensa. (Se recuerda que el Juez no puede preguntar ni intervenir en la recolección de información)

Asimismo, resultan importantes también los testigos del Acta de procedimiento ya que los mismos van a ser los que confirmen o no lo relatado en el acta y por el policía. También el funcionario policial debe saber que ante una inconsistencia dicha en juicio la parte que esté realizando el examen o contra examen puede pedir que se explique comparando lo que dijo en la audiencia de juicio con lo redactado en el documento.

Debe tenerse la perspectiva que la evidencia que se producirá en forma oral en la audiencia de debate ha pasado un juicio de validez en la etapa intermedia que es la preparatoria del juicio donde la prueba que presente nulidades o inconsistencia no será utilizada en juicio, por ello es de suma importancia la recolección y la cadena de custodia de los elementos a presentar por los testigos. Ya que sin evidencia no hay testimonio posible en el juicio.

IV.- La Víctima en el nuevo sistema procesal penal²⁸.

Esto se encuentra enmarcado en las modernas tendencias, que buscan devolver a la víctima un rol que fuera apropiado por el Estado en el devenir de los tiempos.²⁹ El nuevo Código Procesal Penal ha rescatado y valorizado a quien nunca debió ser olvidada que es la víctima del hecho delictivo, para quien realmente trabaja el Estado.

²⁸ El presente punto es desarrollado en base al manual del Dr. Adolfo Prunotto Laborde, puede verse en PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3ª edición, Zeus, Rosario, 2011, págs. 555/562.

²⁹ Quien desee puede consultar nuestra publicación, “**La víctima, una parte olvidada del delito**”, Diario La Capital, 9 de Agosto de 1991.

Víctima es aquel que resulta directa o indirectamente afectado por alguna consecuencia del delito³⁰, mientras que damnificado es el titular de un bien jurídico tutelado, con valor económico, que ha sido menoscabado en todo o en parte en forma directa por el injusto.

Artículo 80, Ley 12734. Derechos de la víctima. *“Las autoridades intervinientes en un procedimiento penal garantizarán a quienes aparezcan como víctimas u ofendidos penalmente por el delito los siguientes derechos:*

- 1) A recibir un trato digno y respetuoso.*
- 2) A la documentación clara, precisa y exhaustiva de las lesiones o daños que se afirman sufridos por causa del hecho motivante de la investigación.*
- 3) A obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, debiendo notificársele la fecha, hora y lugar del juicio, así como la sentencia final cuando no concurriera a la audiencia del debate.*
- 4) A minimizar las molestias que deban ocasionársele con motivo del procedimiento.*
- 5) A la salvaguarda de su intimidad en la medida compatible con el procedimiento regulado por este Código.*
- 6) A la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan a su favor, preservándolos de la intimidación y represalia, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada.*
- 7) A requerir el inmediato reintegro de los efectos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado en las cosas o efectos de su pertenencia, cuando ello corresponda según las disposiciones de este Código.*
- 8) A obtener la revisión de la desestimación de la denuncia o el archivo, y a reclamar por demora o ineficiencia en la investigación, ante el superior inmediato del fiscal de distrito. Cuando la investigación se refiera a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto fuera la protección del bien tutelado en la figura penal, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente inciso.*

30 DE OLAZÁBAL, Julio; PATRIZI, Jorge; “Reforma del proceso penal en Santa Fe Ley 12162”; ELC, Santa Fe 2004, p. 146/7.

9) *A presentar querrela y a ejercer contra el imputado, acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible, en los términos de este Código.*

La ley N° 13494 establece la forma de protección a que alude el inciso 6) de este Artículo, la que podrá hacerse extensiva, si fuere necesaria, a imputados u otros testigos”.

El primer inciso creemos que plantea una obviedad, ya que toda persona debe ser tratada en forma digna y respetuosa, sea el imputado, la víctima o un testigo; por varias razones, la primera porque son seres humanos dotados de todos sus derechos, entre ellos a recibir un trato digno y respetuoso y la segunda porque como dicen los norteamericanos, con sus impuestos están pagando el sueldo de los funcionarios públicos entre ellos los policiales y judiciales.

El segundo inciso, recalca lo dispuesto en el artículo 217, incisos 7º, 8º, 9º, 11º y 12º; por lo que debe concordarse con el mismo.

El tercer inciso nos parece muy adecuado a la necesidad de información de las víctimas durante todo el proceso. Debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo siguiente.

El cuarto inciso es muy importante y debe ser concordado con lo normado en el segundo párrafo del art. 246, pero obviamente cede frente a los principios de inocencia, debido proceso y derecho de defensa en juicio, por lo que deberá ser aplicado sin olvidar la supremacía constitucional de los mismos.

El inciso quinto implica una importante limitación al principio de publicidad del proceso penal.

Una referencia constitucional a la publicidad, la encontramos en el art. 8º inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, que *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*, que como vemos puede ser limitada *para preservar los intereses de la justicia*, que no son otros que los intereses de la Sociedad en la correcta implementación de la Justicia, sea en su etapa investigativa, como en el desarrollo del juicio.

En cuanto a lo dispuesto en el inciso sexto, debemos tener presente que se han puesto en función dos secciones que se ocupan de dicha protección, una relacionada a los delitos de lesa humanidad, que debería haber sido solventada por el Estado Nacional, ya que los juicios son federales y otra para los requerimientos de los procesos provinciales.

El inciso séptimo debe concordarse con los arts. 228 al 231 inclusive, que rigen la materia, y fundamentalmente con las disposiciones contenidas por leyes de fondo, como el Código Civil, ya que la propiedad debe acreditarse por los distintos medios de prueba allí dispuestos o conforme el artículo 1º de la ley 14.467, respecto a la acreditación de la titularidad de los vehículos automotores y la obvia limitación cuando fueren pruebas de cargo necesarias para el desarrollo del juicio.

Los dos últimos incisos deben interpretarse a la luz del nuevo rol que se le asigna al querellante.

En cuanto al párrafo final nos remitimos a las consideraciones expuestas al tratar el tercer inciso.

Artículo 81, Ley 12734. *“Asistencia genérica. Desde los primeros momentos de su intervención, la policía y el Ministerio Público Fiscal, suministrarán a quien invoque verosímilmente su calidad de víctima, la información que posibilite su derecho a ser asistida como tal por el Centro de Asistencia a la Víctima u organismo pertinente, aún sin asumir el carácter de querellante”.*

Artículo 82, Ley 12734. *“Asistencia técnica. Para el ejercicio de los derechos que se le acuerdan a quien invoque su condición de víctima, no será obligatorio el patrocinio letrado, salvo lo dispuesto en el Artículo 94.*

Si no contara con medios suficientes para contratar un abogado a fin de constituirse en querellante, el Centro de Asistencia a la Víctima u organismo pertinente, se lo proveerá gratuitamente”.

Artículo 83, Ley 12734. *“Consideración especial. Comunicación de acuerdos patrimoniales. Todo lo atinente a la situación de la víctima o damnificado, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor o partícipe, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de:*

- 1) Ejercer la acción el actor penal.*
- 2) Seleccionar la coerción personal indispensable.*
- 3) Individualizar la pena en la sentencia.*

4) Modificar en su medida o en su forma de cumplimiento la pena en la etapa de ejecución.

Todos los acuerdos dirigidos al más rápido resarcimiento del perjuicio invocado por la víctima o damnificado, podrán ser puestos en conocimiento del fiscal y de los tribunales intervinientes a los fines que correspondan”.

Este artículo es excelente, no sólo está receptando la mediación y la teoría del conflicto que nosotros propusiéramos desde hace ya algunos años, sino que además incorpora la posibilidad de modificar la pena una vez impuesta, lo que ubicaría al código en las últimas tendencias en materia de determinación de penas.

También incorpora –si bien no en forma directa- la participación activa de la víctima y el imputado al seleccionarse la coerción personal al inicio de la investigación, al momento de individualizar la pena y luego de esa individualización durante su cumplimiento.

El texto dispone que al momento de:

a) Ejercer la acción el fiscal. Este texto recepta el principio dispositivo de la acción, en concordancia con los *criterios de oportunidad*.

El hecho que la víctima pueda expresar su opinión –que deberá ser tomada en cuenta-, cuando el fiscal deba aplicar o no los criterios de oportunidad, dar o no su consentimiento en la suspensión del juicio a prueba, es sumamente importante.

b) Seleccionar la coerción penal, que puede interpretarse de la siguiente forma:

1) al momento de valorar su detención o mantenimiento de su estado de libertad. Esta disposición está dirigida a los fiscales y a los jueces.

2) al momento de solicitar pena en las conclusiones. Esta disposición está dirigida a los fiscales.

c) Individualizar la pena en la sentencia. Las pautas de este artículo deberán sumarse a lo normado en los artículos 40 y 41 del Código Penal. Esta disposición está dirigida a los magistrados.

Se coloca el código procesal en sintonía con lo dispuesto en el artículo 41 inciso 2º in fine del Código Penal, que dispone el conocimiento directo y de visu de la víctima al juez o jueces del juicio, que en los casos ya previstos de oralidad se producirá durante su desarrollo.

d) Modificar en su medida o en su forma de cumplimiento la pena en la etapa de ejecución. Dado que estamos frente a la cosa juzgada, debe interpretarse, que cualquier modificación que se haga en la medida o cumplimiento de la pena en una sentencia firme, deberá ser a favor del reo. Esta disposición está dirigida a los Jueces de Ejecución Penal y de la Cámara.

Para lo que deberán tener presente:

a) Todo hecho realizado por el imputado de un delito, en tiempo posterior al mismo, que haya mejorado la situación de la víctima o damnificado. Por este primer supuesto se puede concluir que la enumeración no es taxativa sino enunciativa.

b) La reparación voluntaria del daño.

c) El arrepentimiento activo de quien aparezca como partícipe del delito. Aquí debe incluirse al autor o autores atento lo dispuesto en el primer supuesto analizado. Entendemos que el legislador se refiere, por ejemplo a la devolución de los efectos sustraídos, o bien a lo que se conoce como arrepentimiento eficaz activo que nos lleva a una tentativa, porque por la conducta posterior se ha evitado la consumación del delito, por ejemplo si una persona suministra a otra veneno para matarlo y luego se arrepiente y le da el antídoto.

d) La solución o morigeración del conflicto originario. Generalmente los conflictos originarios de la escalada penal, no son de ese origen, sino que pertenecen al derecho civil o comercial o de faltas, por ejemplo, cuestiones familiares, problemas vecinales, ruidos molestos, etc. Este supuesto es importantísimo puesto que el trámite del sumario penal deja subsistente ese conflicto extra penal, que con el tiempo se repite generando una imparable espiral de violencia.

e) La conciliación entre sus protagonistas. Sea en forma privada, o con la intervención de algún organismo oficial, como el CAJ, la oficina de mediación de la Defensoría del Pueblo, del Colegio de Abogados, de la Corte Suprema de Justicia o de las distintas Facultades.

1.- La Víctima y el Querellante.

La víctima u ofendido –familiares de esta- pueden constituirse en el juicio penal a través de la figura de querellante. Así lo estipula el artículo 93 del CPP de la Ley 12.734, *“Querellante.- Sin perjuicio de lo establecido por este Código para el juicio por delito de acción privada, quien pretendiera ser ofendido penalmente por un delito de acción pública o sus herederos forzosos, podrán intervenir en el proceso como parte querellante y ejercer todos los derechos que este Código establece. También podrá serlo la persona jurídica cuyo objeto fuera la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal, cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos”*.

Cuando en juicio penal por un delito de acción pública³¹ la víctima decide que ser representa por un abogado particular, para poder impulsar, presentar prueba y acusar en el proceso se llama a esa víctima legalmente asistida como la parte Querellante.

El artículo 97 del CPP Ley 12.734 expresa cuales son las facultades y deberes que tendrá esta parte dentro del proceso penal *“Facultades y deberes.- Sin perjuicio de los derechos reconocidos a toda víctima, quien haya sido admitido como querellante, durante el transcurso de la Investigación Penal Preparatoria y de todo el proceso, tendrá los siguientes derechos y facultades: 1) proporcionar durante la Investigación Penal*

Preparatoria elementos de prueba y solicitar diligencias particulares para el esclarecimiento del hecho objeto de la misma, la responsabilidad penal del imputado y la cuantificación del daño causado. Estas instancias serán presentadas al Fiscal interviniente, y su rechazo otorgará la facultad de proceder conforme lo establecido por el artículo 286, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo, acerca de la procedencia de la solicitud o propuesta;

2) pedir medidas cautelares para asegurar el pago de la indemnización civil y costas;

3) asistir a las declaraciones de testigos durante la investigación penal preparatoria, con facultad para formular preguntas y pedir aclaraciones, pero no deberá necesariamente ser citado con anticipación, salvo que lo requiriera por escrito;

4) intervenir en el juicio dentro de los límites establecidos por este Código;

5) interponer las medidas que estime adecuadas para activar el procedimiento;

6) requerir pronto despacho;

31 Hay dos tipos de querellante según el tipo de acción: Si es delito de acción pública al querellante se lo llama conjunto, ó coadyuvante, ó particular ó adhesivo –si acompaña al fiscal- y autónomo –si sigue sin el fiscal. Si es delito de acción privada se lo llama querellante exclusivo –según Clara Olmedo-. Cuando el delito es de acción pública el fiscal lleva adelante la acción, no obstante la víctima, puede jugar un rol procesal, desde un rol eventual (puede o no existir) su presencia no obsta a la existencia del proceso, depende de cada CPP, la admisión de la víctima. Adolfo Prunotto Laborde, puede verse en PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3º edición, Zeus, Rosario, 2011, p. 553.

7) formular acusación;

8) recurrir en los casos, por los medios y en la forma prevista para los representantes del Ministerio Público.

La intervención como querellante no lo exime del deber de declarar como testigo.

En ningún caso su actividad estará subordinada a directivas o conclusiones del Fiscal.”

Lo que hay que remarcar que en ningún caso su actividad estará subordinada a directivas o conclusiones del Fiscal.

UNIDAD V - EL IMPUTADO Y EL DERECHO DE DEFENSA

(Coordinadores de la Unidad: Dr. Carlos Pareto y Dra. Mariana E. Prunotto)

I.- El imputado en el proceso según la Ley 12.734. 1.- Calidad de imputado. 2.- Derechos del imputado. 3.- Identificación del imputado. 4.- Identidad física del imputado. 5.- Deber de denunciar domicilio. 6.- Antecedentes penales del imputado. 7.- Examen médico inmediato. 8.- Examen psicológico y/o psiquiátrico del imputado. 9.- Validez de la declaración del imputado. — II.- El derecho de defensa. 1.- El derecho de defensa como garantía constitucional. Inviolabilidad de la defensa. 2.- El defensor. Elección. Libertad de defensa. 3.- Posibilidad de defensa por el propio imputado. 4.- Incomunicación del imputado y comunicación con el defensor. — III.- Cuestiones referidas al Código Procesal del Menor. 1.- Funciones policiales respecto a los menores. 2.- Del menor no punible. 3.- Del Menor Punible. 4.- Condiciones y términos de la detención de menores. 5.- Derechos del menor imputado.

I.- EL IMPUTADO EN EL PROCESO SEGÚN LA LEY N° 12.734.

1.- Calidad de imputado:

“ARTÍCULO 100. Calidad de imputado. Los derechos que este Código acuerda al imputado, podrá hacerlos valer la persona que fuera detenida o indicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso, en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra y en función de la etapa en que se encuentre, hasta la terminación del proceso. Si estuviera privado de su libertad podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien la comunicará inmediatamente al Tribunal interviniente”.

El imputado es la persona contra la cual se dirige la persecución penal porque ha sido indicada como autora o partícipe de un hecho delictivo.

Para tener la calidad de imputado *“(b)asta, en principio, la indicación de señas o notas particulares que sirvan para su identificación. Mientras no exista tal identificación nos encontramos ante una investigación objetiva”¹⁰⁰*. La indicación puede ser expresa, con nombre y apellido, o bien encubierta o tácita pero indubitable, esto es, que aun cuando no se lo mencione por el nombre y apellido, del contexto que surge de los hechos en relación con la persona a la que tácitamente se alude resulte claro que no puede ser otra persona.

Es decir las notas constitutivas de la calidad de imputado son tres:

1.- identificación del perseguido. No necesita ser exacta, bastando la indicación de características particulares, señas, etc. que permitan la individualización personal. Según señala MAIER que *“...mientras tal indicación no exista, sólo se trata de acciones de investigación objetivas, que no se dirigen contra una persona determinada o que sólo se dirigen a su individualización como autor sospechoso de hecho punible o partícipe en él...”¹⁰¹*.

2.- El señalamiento de que la persona anteriormente mencionada intervino en la comisión u omisión de una conducta presuntamente delictiva.

3.- Que dicha participación de conocimiento haya sido recepcionada por un funcionario público competente, es decir la autoridad policial o Fiscal del distrito.

100 BACLINI, Jorge C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Ley Nº 12.734*, Tomo 1 – arts. 1 a 125, Juris, Rosario, 2010, pág. 327.

101 MAIER, JULIO “Derecho Procesal Penal”, cit. T.II. ed. 1995, pág. 188.

2.- Derechos del imputado:

“ARTÍCULO 101. *Derechos del imputado. Los derechos que este Código le acuerda, serán comunicados al imputado apenas nace su condición de tal.*

En la oportunidad que este Código establece, el imputado deberá conocer:

1) la existencia de una causa seguida en su contra con los datos necesarios para individualizarla;

2) el o los hechos que se le atribuyen y la calificación legal que provisionalmente corresponda;

3) los derechos referidos a su defensa técnica;

4) que podrá solicitar audiencia a fin de prestar declaración cuando lo estime conveniente, presumiéndose mientras tanto que ejerce el derecho de abstenerse a declarar sin que ello signifique ninguna presunción en su contra”.

Desde el momento que nace en el sujeto la condición de imputado se le deberán hacer saber los derechos que el código le acuerda.

De tal modo tiene derecho a saber la existencia de la causa en la que se encuentra imputado con todos los datos necesarios para su individualización, como ser, nombre y apellido del denunciante o víctima, fecha y lugar del hecho, fiscalía y juez interviniente, etc.

También deberá comunicársele el o los hechos que se le atribuyen y la calificación legal del hecho que inicialmente corresponda.

Corresponde informar sobre los derechos referidos a su asistencia técnica y que podrá solicitar audiencia a fin de prestar declaración cuando lo estime conveniente, presumiéndose mientras tanto que ejerce el derecho de abstenerse a declarar sin que ello signifique ninguna presunción en su contra.

En relación a la actuación policial y los derechos del imputado debe recordarse lo establecido en el art. **artículo 268 inc. 12 del CPP** según Ley N° 12.734 que establece:

“Deberes y atribuciones.- La Policía tendrá los siguientes deberes y atribuciones: (...)

12) informar al imputado inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, que cuenta con los siguientes derechos:

a) nombrar abogado para que lo asista y represente;

b) conferenciar en forma privada y libre con su defensor, antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia;

c) abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra, o solicitar ser escuchado por el Fiscal;

d) solicitar del Fiscal la intimación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica penal que provisionalmente merezcan y la prueba que existe en su contra;

e) solicitar se practique la prueba que estimara de utilidad.

La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega.

Rige lo dispuesto por el artículo 110”.

Este inciso del art. 268 explicita los derechos que asisten al imputado o sospechado de haber cometido un injusto, inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, lo que le permite a la persona que comprenda la gravedad de la situación en la que se encuentra y los derechos que le asisten, debió haberse explicitado el derecho a comunicarse telefónicamente para poner en conocimiento su situación y solicitar la asistencia técnica pertinente, en concordancia con lo normado por el art. 10 bis incorporado a la ley 7395, por la ley 11.516. **Algo importantísimo, es que la incomunicación no constituye un obstáculo para el contacto con el defensor (arts.**

114 in fine y 216 CPP, según Ley N° 12.734).

El art. 101 además debe complementarse con el artículo 7 de la Constitución de Santa Fe (establece la operatividad directa de los derechos liberatorios y sus garantías) y lo regulado por los Tratados internacionales de Derechos Humanos, que fueran incorporados a la CN luego de la reforma del año 1994, así se consagra un ámbito de tutela amplio y que comienza a partir de cualquier acto inicial de procedimiento dirigido en contra de quien reúna las características para ser considerado imputado. En tal sentido pueden considerarse entre otros: la mera denuncia (art.262), los casos de citación arresto, aprehensión o detención (normados en los arts. 210 a 214), etc.

Por último debe decirse que a fin de que el imputado tome conocimiento de esto, se labrará un acta en el cual se dejará expresa constancia de que el mismo la firma libremente de conformidad y previa lectura y comprensión de los derechos que le asisten. Para ello, la autoridad policial deberá leer en voz alta al imputado el contenido del acta

mencionada, y explicarle lo que no entienda, para luego de ello, con la conformidad del imputado, proceder a la firma¹⁰².

3.- Identificación del imputado:

“ARTÍCULO 102. Identificación. *La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales y señas particulares, los que deberá brindar. Si se negara a suministrar esos datos o los diera falsamente, se procederá a la identificación por testigos en la forma prescripta para los reconocimientos o por otros medios que se estimaran convenientes. La individualización dactiloscópica, fotográfica o por cualquier otro medio que no afectara la dignidad ni la salud del identificado se practicará, aun contra su voluntad, mediante la oficina técnica respectiva”.*

La identificación del imputado es de suma relevancia. Los datos personales refieren al nombre, apellido, edad, fecha y lugar de nacimiento, nombre y apellido de los padres, número de documento, domicilio, estado civil, profesión, instrucción, etcétera.

La identificación dactiloscópica, fotográfica o por cualquier otro medio, de conformidad a lo establecido en la norma en análisis, se podrá practicar aun contra la voluntad del sujeto siempre que no se vea afectada la intimidad, dignidad o salud del identificado.

En cuanto a las señas particulares son un dato que sirve para la identificación del sujeto, pero puede presentar dudas propias de la variabilidad.

La negativa del imputado a suministrar los datos o en caso que los diera falsamente, se procederá a la identificación por testigos en la forma prescripta para los reconocimientos o por otros medios que se estimaran convenientes.

Respecto a la reticencia a identificarse del imputado, la Jurisprudencia ha dicho:

¹⁰³ “De la inexistencia de normas en nuestro C.P.P. que legitimen la privación de libertad de las personas con el sólo propósito de identificarlas, no se sigue sin embargo una contradicción o laguna de nuestro Código, que por una parte requeriría la identificación del imputado y por otra no prevería reglas para lograrla, sino que la solución para

102 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011.

103 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, Sala 4, 11/11/98. C.S. s/apelación proveído (Expte. N° 205/98, Resolución N° 173°, T.4; folio 360) Sumario N° 10101450, cit, en Prunotto Laborde A. y Prividera J.; ob. Cit. Pág. 80.

eventuales dificultades viene brindada por su artículo 69 que acogiendo, la posibilidad de que el imputado se niegue a identificarse o aun falsee sus datos..., establece que en tal caso se procederá a la identificación por testigos o por otros medios que se estimen convenientes, forma identificatoria ésta que basta aún para el dictado de una sentencia definitiva...y si de ellos se sigue alguna consecuencia dañosa para el imputado (por ejemplo una errónea atribución de identidad) deberá el mismo asumirlo como consecuencia de sus propios actos”.

4.- Identidad física del imputado:

“ARTÍCULO 103. Identidad física. Cuando fuera cierta la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos, no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución de la sentencia”.

Como lo que interesa es que la persecución penal este dirigida contra la persona que es tenida como autora o partícipe del hecho delictivo, lo que más importa es que sea correcta la persecución contra ese sujeto¹⁰⁴.

5.- Deber de denunciar domicilio:

“ARTÍCULO 104. Domicilio. El imputado deberá denunciar su domicilio real y fijar domicilio legal dentro del radio del Tribunal. Deberá mantener actualizados esos domicilios comunicando al Ministerio Público Fiscal y al Tribunal, según el caso, las variaciones que sufrieren. La falsedad de su domicilio real así como la omisión inexcusable del informe de las variaciones serán considerados como indicios de fuga. Serán válidas las notificaciones dirigidas al domicilio legal. Si no lo constituyere dentro del radio del Tribunal, se tendrá por tal el del defensor”.

Se exige que el imputado denuncie domicilio real y legal dentro del radio del Tribunal, los que deberá mantener actualizados informando modificaciones al Tribunal y al Fiscal.

La falsedad del domicilio real como la omisión de dar noticia de sus variaciones será considerada como indicio de fuga (**art. 220 CPP**, según Ley Nº 12.734).

¹⁰⁴ BACLINI, Jorge C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Ley Nº 12.734*, Tomo 1 – arts. 1 a 125, Juris, Rosario, 2010, pág. 334.

6.- Antecedentes penales del imputado:

“ARTÍCULO 105. Certificación de antecedentes. Previamente a la audiencia del debate, el Secretario del Tribunal de Juicio extractará en un solo certificado los antecedentes penales del imputado. Si no registrara condena, certificará esa circunstancia. Los informes necesarios para la certificación de antecedentes serán requeridos en la forma, contenido y modalidad que indique la reglamentación respectiva”.

Los antecedentes penales del imputado, en especial los condenatorios, tienen notable importancia al momento de imponer pena.

Deben ser requeridos informes al Registro nacional de Reincidencia, a la policía y al Registro Únicos de Antecedentes Penales.

7.- Examen médico inmediato:

“ARTÍCULO 108. Examen médico inmediato. Si el imputado fuera aprehendido con breve intervalo de cometido el hecho, se procederá a su inmediato examen psicológico, médico o bioquímico para apreciar su estado psíquico o si sufre intoxicación por ingestión alcohólica o uso de sustancias toxicomanígenas o alucinógenas, salvo que no se justifique dicho examen. Regirán al respecto los límites establecidos por el artículo 163”.

Cuando el imputado es aprehendido en flagrancia, cuasi flagrancia o con breve intervalo en relación a cometido el hecho (**art. 213 CPP**, según Ley N° 12.734) el precepto manda a que se le realice un examen psicológico, médico o bioquímico, con el objeto de determinar su estado psíquico o si se encuentra bajo los efectos de droga o alcohol, exámenes que deben realizarse en forma inmediata porque el transcurso del tiempo puede hacer que desaparezcan los efectos.

En los exámenes rigen los límites establecidos en el **art. 163 último párrafo CPP**, según Ley N° 12.734, que es que deben realizarse de tal modo que no se afecte la dignidad o la salud de la persona.

8.- Examen psicológico y/o psiquiátrico del imputado:

“ARTÍCULO 109. Examen psicológico y/o psiquiátrico. Si al imputado se le atribuyera la comisión de delito o concurso de delitos, que estuviera reprimido con pena

superior a los ocho años de prisión o reclusión, el Fiscal de Distrito requerirá siempre el examen psicológico y/o psiquiátrico del mismo que deberán practicar psicólogos y/o médicos oficiales”.

Se contempla como obligatorio la realización de un examen psicológico y/o psiquiátrico sobre el imputado por intermedio de psicólogos y/o médicos oficiales cuando el delito o concurso de delitos que le fueran atribuidos estuvieran reprimidos con pena mayor a los ocho años de prisión o reclusión.

La obligación del requerimiento es para el Fiscal de Distrito.

9.- Validez de la declaración del imputado:

“ARTÍCULO 110. Validez. Para no ser invalidada la declaración del imputado deberá contar siempre con la presencia de su defensor y, antes de comenzar, se le hará saber que cuenta con el derecho de abstenerse de declarar sin que ello signifique ninguna presunción en su contra”.

El artículo no realiza distinciones, por lo que en cualquier declaración que preste el imputado, hasta en sede policial, el imputado deberá estar presente su defensor, de lo contrario la misma será inválida.

Bajo tales circunstancias, el imputado puede declarar, acto en el cual previamente se la hará saber que cuenta con el derecho de abstenerse sin que ello signifique ninguna presunción en su contra, resultando que su omisión también redundará en la invalidez del acto.

Entendida la declaración del imputado como un medio de defensa, el silencio puede ser considerado como la representación de su máxima expresión. Es un derecho constitucional del que goza el imputado, de lo cual se desprende que debe ser valorado en forma neutra por el Tribunal, no puede ser apreciado en su contra. El presupuesto para la condena debe provenir de prueba aportadas por el acusador que valoradas de acuerdo a la sana crítica racional provoquen la certeza positiva en el Tribunal.

II.- EL DERECHO DE DEFENSA¹⁰⁵:

105 Sobre el tema ver PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011, págs. 562 a 565.

1.- El derecho de defensa como garantía constitucional. Inviolabilidad de la defensa.

Está consagrado en la Constitución Nacional en el art. 18 y en los pactos internacionales de Derechos Humanos incorporados al texto constitucional.

El derecho de defensa implica el cumplimiento efectivo del principio de legalidad, por el que nadie puede ser sometido a persecución penal sino por hechos en principio subsumibles en un tipo penal; también la efectiva aplicación del principio del juez natural, por el cual la persona debe ser juzgada por un juez que estuviera designado con anterioridad a la comisión del injusto y por medios constitucionales, debemos aclarar que no importa la persona que ocupe el cargo, sino que ese cargo con esa competencia debía preexistir al delito.

Implica entre otras cosas, el derecho a saber los hechos que se le atribuyen, a ser oído, a ofrecer y controlar la prueba y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a presentar pruebas de cargo en su contra, debiendo ser juzgado dentro de plazos razonables –Pacto de San José de Costa Rica- y de poder apelar una sentencia en su contra.

Sostiene el Profesor Alvarado Velloso, *“Este derecho es tan elemental (sin su existencia no habría proceso) e importante, que se halla expresa o implícitamente establecido en todas las constituciones antiguas y modernas que, en términos más o menos similares, garantizan la inviolabilidad de la defensa en juicio”*¹⁰⁶.

El derecho de defensa debe ser garantizado al imputado de un injusto desde el primer momento, y así lo disponen los **artículos 8 y 268 inciso 12 del CPP**, según Ley N° 12.734.

Establecer el art. 8 la inviolabilidad de la defensa “La defensa en juicio deberá comprender para las partes, entre otros, los siguientes derechos: ser oídas, contar con asesoramiento y representación técnica, ofrecer prueba, controlar su producción, alegar sobre su mérito e impugnar resoluciones jurisdiccionales, en los casos y por los medios que este Código autoriza”.

106 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Primera Parte, Reimpresión, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, pág. 178.

Por su parte, el art. 268 inc. 12 estipula que la autoridad policial debe “ (...) **12)** *informar al imputado inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, que cuenta con los siguientes derechos:*

- a) nombrar abogado para que lo asista y represente;*
- b) conferenciar en forma privada y libre con su defensor, antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia;*
- c) abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra, o solicitar ser escuchado por el Fiscal;*
- d) solicitar del Fiscal la intimación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica penal que provisionalmente merezcan y la prueba que existe en su contra;*
- e) solicitar se practique la prueba que estimara de utilidad.*

La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega.

Rige lo dispuesto por el artículo 110”.

Este inciso debe interpretarse en forma conjunta con los arts. 114, 115 y 116 del CPP, según Ley N° 12.734, por lo que el defensor puede ser propuesto incluso durante la prevención policial por un familiar o amigo.

2.- El defensor. Elección. Libertad de defensa.

El **art. 114 CPP**, Ley N° 12.734, debe ser interpretado en forma conjunta con el art. 268 inc. 12º, establece el artículo 114 “**Defensa del imputado.** *El imputado tendrá derecho a elegir como defensor de confianza a un abogado habilitado legalmente al efecto, o a defenderse personalmente salvo cuando de ello resulte un perjuicio evidente para la misma.*

En caso de no ejercer tales derechos, se le proveerá de oficio un defensor conforme a las normas aplicables que asegurarán la efectiva disponibilidad de defensa para todos los casos que requieren las disposiciones de este Código y según sus condiciones.

Si el imputado se encontrara sufriendo una afección mental que excluyera su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento, el defensor será designado por su curador, si lo hubiere, o en su defecto se nombrará al defensor de oficio, para que ejercite su derecho de parte y, en su caso, éste último provea a su representación legal.

En ningún caso el estado de incomunicación constituirá obstáculo alguno”.

El imputado tendrá derecho a hacerse asistir y defender por abogados de la matrícula, o por supuesto por el Servicio Público de la Defensa Penal, los arts. 115 y 116, regulan la propuesta de defensor hecha por parientes o amigos del imputado, la cantidad de defensores.

El **art. 117 CPP**, Ley N° 12.734, consagra un principio importantísimo del Estado Democrático Constitucional de Derecho, la **Libertad de la defensa**, sin la cual no se podría garantizar debidamente el derecho de defensa, dispone el mismo “*Libertad de la defensa. La defensa es completamente libre sin más restricciones que las impuestas por la ética, por el respeto debido a los jueces, a las partes y la observancia de las normas constitucionales y los trámites legales*”. En este texto se han incorporado como deberes de respeto *las partes* y *la observancia de las normas constitucionales*, por lo que claramente se advierte que el legislador busca la **eticidad** del proceso.

El defensor tiene un deber de lealtad hacia su cliente, limitado por el respeto a las partes y a las disposiciones constitucionales que antes no tenía; una vez que aceptó el cargo, por el cual debe llevar adelante su tarea de la forma más beneficiosa para su pupilo, con las limitaciones introducidas.

Dentro de las facultades del defensor encontramos:

- 1) Examinar y extraer copia de las actuaciones, salvo durante la vigencia del secreto del sumario,
- 2) Comunicarse privadamente con su defendido en cualquier momento y etapa del proceso, salvo durante la incomunicación, hasta el momento de prestar indagatoria, luego de la imputación del hecho, en que puede entrevistarse con su pupilo¹⁰⁷,
- 3) Cumplimentar todos los actos procesales que estime conducentes al cumplimiento de su ministerio.

107 Quien desee ampliar puede consultar PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J., BERGERO, Alicia y SOSO, Daniela, *El imputado y la entrevista previa con el defensor*, publicado en la Revista de Derecho Procesal 1-Año 2000, pág. 29, Editorial Zeus y también en el Tomo 81, D-19, de Zeus.

3.- Posibilidad de defensa por el propio imputado.

El final del primer párrafo del art. 114, prevé, que el imputado ejerza su propia defensa, “o a defenderse personalmente salvo cuando de ello resulte un perjuicio evidente para la misma”, también está previsto en el art. 104 del CPPN.

4.- Incomunicación del imputado y comunicación con el defensor:

Establece el “**ARTÍCULO 216°.- Comunicación con el defensor.-** En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comuniquen con su defensor, en forma privada, inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal”.

Es una derivación de la garantía que preserva la inviolabilidad de la defensa durante todo el proceso y del art.8 inc. d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, desde que el imputado adquirió tal calidad (**art.100 CPP**, según Ley N° 12.734) en forma concordante con lo establecido en el **art. 110 CPP**, según Ley N° 12.734, respecto de la presencia obligatoria del defensor en toda declaración que preste el mismo.

III.- CUESTIONES REFERIDAS AL CÓDIGO PROCESAL DEL MENOR.

A continuación trataremos el “Código Procesal de Menores” de la Provincia de Santa Fe, que fuera publicado en el Boletín Oficial el día 08 de enero de 1997, bajo el número 11.452.

Del articulado del mencionado digesto, que aquí transcribimos su parte pertinente, limitándonos a aquellos artículos que puedan plantear inconvenientes en el accionar policial, a fin de que la actuación se practique con eficiencia y corrección, teniendo siempre un marco infranqueable, esto es, el respeto de los derechos y de las garantías de la persona, del niño para hablar con propiedad, la agencia policial brindará un mejor servicio y se evitarán actuaciones nulas.

Tomamos como fuente el Boletín Oficial, que tendrá intercalados de manera claramente distinguible algunos comentarios, a fin de que el destinatario de esta obra disponga de algunos elementos adicionales para poder comprender lo allí dispuesto.

Este Código es de enero de 1997, llama la atención que se use la palabra “menores” y no la palabra “niños”, a pesar que la Convención sobre los Derechos del Niño

data de 1989; siendo incorporada por ley 23.849 en 1990 a nuestro derecho y desde 1994 al texto de la Constitución Nacional; con lo que debió haberse usado la palabra niños, que no es una mera cuestión terminológica sino una concepción fundamental a la hora de entender esta problemática especial de los seres humanos, concepción que es reafirmada por la Ley N° 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

1.- Funciones policiales respecto a los menores.

Están establecidas en el **Art. 53** y siguientes, dicho artículo establece: *“Disposiciones aplicables.- La autoridad policial en cumplimiento de su función, sin perjuicio de las atribuciones y deberes que le acuerde otras leyes, se regirá en materia de menores, por las disposiciones de la presente Ley”.*

En el Art. 53 se establece que sin perjuicio de las atribuciones y deberes que le acuerdan la ley orgánica policial, los reglamentos y el código procesal penal, la autoridad policial deberá regirse por las disposiciones del presente código.

En supuestos en los que la autoridad prevencional haya tomado intervención respecto de una persona menor de 18 años de edad por encontrarse ésta por ejemplo en estado de abandono, deberá remitir al juzgado de menores las actuaciones que se hayan practicado.

De ahí la importancia que tiene para la mencionada autoridad que se conozcan las disposiciones vigentes en materia de menores de edad, debido a que se trata de una problemática que en muchas oportunidades no tiene contenido penal, sino más bien familiar, educacional, socioeconómico, con elementos psicológicos, sociológicos y de contención familiar y social.

Art. 54.- *“Comunicación.- El funcionario de policía que tenga conocimiento de un delito en el que estuviera involucrado un menor de edad, debe comunicarlo al juez de menores inmediatamente y, dentro de las 24 horas, al Asesor de Menores.*

Si se tratare de un menor punible, también lo comunicará inmediatamente al Fiscal de Menores.

Si el menor fuera aprehendido, se comunicará tal circunstancia a sus padres, tutor o guardadores en el término de dos horas”.

A fin de comunicar inmediatamente al Juez de Menores, -además de comunicarse telefónicamente-, deberá remitirse copia del parte preventivo al Juzgado de Menores y a la Fiscalía en turno, ya que aún no hay Fiscales de Menores.

Debe destacarse asimismo el último párrafo del artículo por el cual debe comunicarse a los padres, tutores o guardadores del menor, la detención del mismo en el término de **2 horas**.

Derecho por otra parte consagrado en la Constitución Nacional, a través de la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 40 inciso 2º apartado **b-II** – “Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”;

Art. 55.- *“Actos y diligencias.- La autoridad policial debe realizar las diligencias urgentes y necesarias para establecer la existencia del hecho, determinar sus responsables y todo aquello que pueda servir al esclarecimiento de la verdad. A tal fin:*

1) recibe simple interrogatorio sumario al menor, si lo consintiera y al solo efecto de orientar la investigación, en la forma dispuesta en el Art. 38;

2) pone en conocimiento del juez, dentro de las 24 horas, los informes y diligencias que se practiquen;

3) cumplimenta además, cuando se trate de menores punibles, lo dispuesto en el presente Capítulo, Sección Tercera”.

En cuanto al inciso 1) ya hemos dicho anteriormente que habría una aparente contradicción con el texto expreso del art. 38, ya que allí se establece: “Todo menor debe prestar declaración solo ante el Juez”.

Si se interpreta el Código en su conjunto, podría entenderse que la autoridad policial se encuentra facultada para realizar un simple interrogatorio sumario, siempre que el menor de edad lo consienta, ya que en cualquier momento podrá abstenerse y prestar declaración ante el Juez, igual que lo pueden hacer los mayores.

Art. 56.- *“Plazo.- Todas las diligencias prevencionales deben efectuarse en el plazo de quince días y concluido el mismo serán remitidas a sede judicial, salvo que se haya dispuesto la internación del menor, en cuyo caso la investigación debe ser elevada en un plazo máximo de 48 horas”.*

La remisión de las diligencias prevencionales, además de la previa comunicación telefónica en la cual el Juez de Menores haya dispuesto la internación del menor, deberá realizarse hasta en un plazo máximo de 48 horas, a semejanza de lo dispuestos en el código procesal penal respecto de los mayores de 18 años.

En los casos en los que el Juez de Menores no haya dispuesto la internación, el plazo será de 15 días.

Las actuaciones deberán cautelar la prueba como se hace en los delitos cometidos por mayores de edad.

2.- Del menor no punible.

La Sección Segunda, establece los procedimientos a seguir respecto del Menor No Punible, es decir el menor de 16 años, o de 16 a 18 que haya cometido un delito de acción privada o de acción pública con pena menor a dos años.

Art. 57.- “Procedimiento en el mismo Tribunal.- Recibidas las actuaciones prevencionales, el juez las examinará sin demora. Si el menor se encontrara en el supuesto previsto en el Art. 5, inc. 1), se procederá conforme a lo establecido en este Título, Capítulo II, Art. 39 a 48 inclusive”.

Es muy importante la recepción de la mediación en materia penal que introduce este código, si bien no ha tenido en la práctica la aplicación que debiera, ya que nos coloca aún en estos pocos supuestos en la misma tendencia que las legislaciones más avanzadas a nivel mundial.¹⁰⁸

Art. 58.- “Archivo o remisión de la causa para mediación.- Si no hubiere razones tutelares de intervención se ordenará el archivo de las actuaciones o se remitirá la causa para Mediación al funcionario designado a tal fin rigiendo lo dispuesto en la Sub-Sección Segunda de este Capítulo. La medida se notificará al Asesor de Menores.”

3.- Del Menor Punible.

Veremos a continuación los procedimientos consagrados respecto a los menores punibles, es decir aquellos mayores de dieciséis años..

108 Como este tema excede el alcance impuesto a esta obra, quien desee consultar la opinión del Dr. Prunotto sobre el tema puede leer, PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Mediación en materia penal, Una respuesta novedosa*, publicado en Jurisprudencia Argentina, Tomo I-1052, del 2001.

Art. 69.- *“Calidad del imputado.- El menor que fuera detenido o indicado como autor o partícipe de un hecho delictivo podrá, por sí mismo, hacer valer los derechos que este Código acuerda al imputado, hasta la terminación del proceso y en función de la etapa procesal en que se encuentre. Si estuviere privado de su libertad, podrá formular sus requerimientos ante el funcionario encargado de la custodia, quien lo comunicará inmediatamente al juzgado interviniente”.*

El Art. 69 hace referencia a la calidad de imputado que adquiere toda persona menor de 18 años de edad y que fuera detenido o indicado como autor o partícipe de un hecho presuntamente delictivo. Al adquirir esa calidad, el Código impone que podrá hacer valer sus derechos, a los cuales se refiere en el Art. 70, que veremos a continuación, de todas formas aunque no adquiriera la calidad de imputado, goza de todos los derechos constitucionales, con expresa referencia a los de la Convención del Niño.

4.- Condiciones y términos de la detención de menores.

Es importante recordar aquí lo dispuesto en la Constitución Nacional, particularmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre esta cuestión:

“Art. 37. Los Estados Partes velarán porque:

a) *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*

b) *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*

c) *Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;”*

En consonancia con esta disposición constitucional, el Código Procesal del Menor, establece:

Art. 71.- “Coerción personal.- La detención, la prisión preventiva o cualquier medida que implique privación de la libertad se utilizarán como último recurso y durante el período más breve que proceda. Si por las modalidades del hecho y/o la personalidad del menor resultaren necesarias, se cumplirán en establecimientos especiales”.

Es importante aclarar debidamente estos conceptos, atento la desinformación que producen a diario algunos comunicadores sociales con la vieja muletilla “los menores entran por una puerta y salen por la otra”, no es un capricho del Juez, disponer la libertad de los menores, es una imposición de orden constitucional y legal, además si tantas personas estuvieran en desacuerdo que eso ocurriera, deben darse varios pasos “legales”, primero reformar la Constitución Nacional, sacando de su texto la Convención de los Derechos del Niño, luego denunciar dicho Tratado que fuera suscripto por la República Argentina, ante los organismos internacionales pertinentes y por último dictar una ley represiva a la medida de los discursos autoritarios hoy imperantes.

Esto implicaría deslegitimar la representación de los Convencionales constituyentes de 1994, deslegitimar la representación de los Legisladores provinciales, que dictaron este código.

Creemos que es un absurdo sostener esas deslegitimaciones y llevar adelante un discurso autoritario y violento en materia penal, con especial referencia a los menores.

Lo que deben cambiar son las condiciones sociales de exclusión y marginación, a fin que todos esos niños, en lugar de transitar los caminos de la violencia, transiten los caminos del amor familiar, de la educación y del trabajo, deben ser dignificados como personas, no apartados de la sociedad, aún más de lo que han sido.

Inclusive entendemos que es obligación del funcionario policial, frente a los requerimientos periodísticos, recordar lo normado por la Constitución Nacional, ya que es hora que comencemos a respetarla, si queremos actuar como una Sociedad madura y no como una Sociedad enferma e infantil, valga la paradoja.

A riesgo de parecer redundantes, la privación de la libertad es el último recurso legal al cual puede acudir el Magistrado y en el caso que acuda al mismo es de capital importancia que no se mezcle a los menores con los mayores imputados de haber cometido un injusto.

5.- Derechos del menor imputado.

Están contemplados también la Convención de los Derechos del Niño, con especial referencia a sus artículos 37 y 40, y al inciso segundo de éste último que enumera las garantías mínimas, es decir los derechos del menor sometido a proceso penal, por lo que nos remitimos a dicho artículo comentado al principio de este capítulo, en particular los encontraremos en los arts. 70 y 72 de este código.

Art. 70.- “Derechos del imputado.- En la oportunidad que este Código establece, el imputado deberá conocer:

1) la existencia de una causa seguida en su contra con los datos necesarios para individualizarla;

2) el hecho o los hechos que se le atribuyen y la calificación legal que provisionalmente corresponda;

3) los derechos referidos a su defensa técnica;

4) que podrá solicitar audiencia a fin de prestar declaración cuando lo estime conveniente, presumiéndose mientras tanto, que ejerce el derecho de abstenerse de declarar sin que ello signifique presunción en su contra”.

Como expresamos en el comentario al artículo anterior, **el imputado, desde el momento inicial de la investigación, deberá tomar conocimiento de:**

a) la existencia de una causa penal en la que se sospecha ha participado, comunicándole todos los datos necesarios para que el imputado pueda individualizarla;

b) el hecho que se le atribuye y la calificación legal provisoria del mismo;

c) los derechos referidos a su defensa técnica: como el derecho de abstenerse a declarar para hacerlo luego ante el Juez, el derecho a nombrar defensor y a tener una entrevista privada con el mismo;

d) su derecho a solicitar audiencia para prestar declaración cuando lo estime conveniente, presumiéndose que si no declara está haciendo uso del derecho de abstenerse de declarar sin que ello signifique presunción en su contra.

e) su derecho a ser alojado en un lugar diferente a los imputados mayores de edad.

A fin de que el imputado tome conocimiento de esto, se labrará un acta en el cual se dejará expresa constancia de que el mismo la firma libremente de conformidad y previa

lectura y comprensión de los derechos que le asisten. Para ello, la autoridad policial deberá leer en voz alta al imputado el contenido del acta mencionada, y explicarle lo que no entienda, para luego de ello, con la conformidad del imputado, proceder a la firma.

Como establece el artículo bajo comentario en su inciso 4º, la circunstancia de que la persona menor de edad imputada no declare, debe tomarse como presunción de que está haciendo uso de su “derecho de abstenerse de declarar sin que ello signifique presunción en su contra”.

Si el imputado nombra defensor, tal circunstancia deberá ser inmediatamente comunicada al Juzgado de Menores interviniente, a fin de su designación.

Art. 72.- “Información al menor sobre sus derechos.- Cuando un menor sea aprehendido, detenido o citado, el funcionario policial, además de las comunicaciones que debe realizar, le informará inmediatamente y previo cualquier otro acto, bajo sanción de nulidad, los derechos que este Código le acuerda:

- 1) Nombrar abogado para que lo asista o represente, o requerir defensa técnica oficial,
- 2) Conferenciar en forma privada y libre con su defensor antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia,
- 3) Abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra o solicitar ser escuchado por el Fiscal y el Asesor de Menores,
- 4) Solicitar la calificación jurídico penal que provisionalmente merezcan los hechos,
- 5) Solicitar que se practique la prueba que estime de utilidad.

La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejándose constancia fehaciente de su entrega”.

Según hemos dicho anteriormente, corresponde labrar el acta pertinente en la cual el imputado tome conocimiento de sus derechos, pero aun así el Art. 72 dispone que el funcionario policial le informará previamente a cualquier otro acto los derechos que este Código le acuerda, por ejemplo los del art. 70. Esto se dispone bajo sanción de nulidad, es decir, si se omite esta comunicación, ello acarreará la nulidad de lo actuado.

En el acta se le deberá comunicar su derecho a:

- 1) Que sus representantes legales, sean informados dentro de las dos horas de su detención.**

- 2) Saber la existencia de una causa penal en la que se sospecha ha participado, comunicándole todos los datos necesarios para que el imputado pueda individualizarla;
- 3) Que se le comunique el hecho que se le atribuye y la calificación legal provisoria del mismo;
- 4) Nombrar abogado defensor particular, o requerir defensa técnica oficial;
- 5) Conferenciar en forma privada y libre con su defensor antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia;
- 6) Abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra o solicitar ser escuchado por el Fiscal y el Asesor de Menores;
- 7) Solicitar que se practiquen todas las medidas probatorias que estime de útiles.
- 8) Estar alojado en un lugar separado de los imputados o condenados mayores de edad.
- 9) Ser asistido por un traductor si no hablare nuestro idioma.
- 10) Si hubiere requerido la defensa técnica oficial o no nombrare defensor, deberá tenerse por designado al defensor oficial, por lo que debe hacérsele conocer el nombre del mismo.

Esta información, de acuerdo a lo dispuesto en la parte final del artículo bajo comentario, le será entregada al imputado por escrito, dejándose constancia fehaciente de su entrega.

El acta debe ser labrada por el funcionario en esta forma y haciendo entrega de copia escrita incluso en los casos en los cuales entrega el menor de edad a sus padres.

Lo que pretende la ley es que el menor y sus representantes, entiendan los derechos que le asisten, no que se cumpla meramente con una formalidad, para explicarle esos derechos al menor y sus representantes, es que los funcionarios policiales reciben educación en los Institutos Policiales y constituye uno de los objetivos de esta obra.

UNIDAD VI - RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO POLICIAL

(Coordinador de la Unidad: Dr. Adolfo B. J. Prunotto y Fernando M. Rodrigo)

6.1 Delitos relacionados con el cumplimiento de las funciones policiales. 6.1.1 Homicidio agravado por el abuso de la función, cargo o condición del sujeto activo. 6.1.2 Lesiones calificadas. 6.1.3 Abuso de armas. 6.1.3.1 Agravantes. 6.1.4 Delitos previstos en la ley de estupefacientes – agravantes. 6.1.5 Privación ilegal de la libertad. 6.1.5.1 Figuras agravadas. 6.1.6 Privación ilegal de la libertad cometida por Funcionarios Públicos. 6.1.6.1 Retención ilegal en detención o en prisión. 6.1.6.2 Prolongación indebida de detención. 6.1.6.3 Incomunicación indebida. 6.1.6.4 Recepción irregular y colocación indebida de presos. 6.1.6.5 Recepción de imputados sin la orden de autoridad competente. 6.1.6.6 Omisión de hacer cesar o denunciar una detención ilegal. 6.1.7 Detenciones ilegales, vejaciones y apremios ilegales. 6.1.7.1 Privación abusiva de libertad. 6.1.7.2 Vejaciones o apremios ilegales en acto de servicio. 6.1.7.3 Imposición de severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos. 6.1.8 Tortura. 6.1.9 Omisiones funcionales penadas. 6.1.9.1 Omisión de evitación. 6.1.9.2 Omisión de denunciar el delito de tortura. 6.1.9.4 Inhabilitación especial perpetua como pena conjunta. 6.1.10 Omisión funcional permisiva culposa. 6.1.11 Trata de personas mayores de edad, con fines de explotación. 6.1.11.1 Agravantes. 6.1.12 Trata de personas menores de edad, con fines de explotación. 6.1.13 Allanamiento ilegal de domicilio. 6.1.14 Revelación del Secreto Oficial. 6.1.14.1 Violación de la prohibición de informar del art. 51 del código penal. 6.1.15 Acceso ilegítimo a un banco de datos y revelación de la información contenida en el mismo. 6.1.16 Hurto agravado por pertenecer a una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario. 6.1.17 Robo agravado por la pertenencia del sujeto activo a fuerzas policiales y de seguridad. 6.1.18 Abigeatos agravados. 6.1.19 Secuestro extorsivo. 6.1.20 Violación de fueros. 6.1.21 Usurpación de autoridad. 6.1.22 Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos. 6.1.22.1 Omisión de los deberes de fiscalización relacionados con la comercialización e inspección de la actividad ganadera. 6.1.23 Omisión de los deberes del oficio. 6.1.24 Denegación de auxilio. 6.1.25 Abandono de destino. 6.1.26 Violación de sellos. 6.1.27 Violación de medios de prueba, registros o documentos. 6.1.28 Cohecho Pasivo o “Pena para el Corrupto”. 6.1.29 El tráfico de influencia. 6.1.30 Admisión y ofrecimiento de dádivas o cohecho impropio. 6.1.31 Malversación de caudales públicos. 6.1.31.1 Malversación. 6.1.31.2 Peculado. 6.1.31.3 Peculado de trabajos y servicios. 6.1.31.4 Malversación culposa. 6.1.31.5 Negativa a entregar bienes. 6.1.32 Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. 6.1.33 Exacciones ilegales. 6.1.33.1 Exacción agravada por los medios. 6.1.33.2 Exacción agravada por el destino del tributo. Concusión. 6.1.34 Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. 6.1.34.1 Enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público. 6.1.34.2 Omisión maliciosa de presentar declaración jurada patrimonial y falsedad u omisión de los datos en ella insertados. 6.1.35 Incumplimiento de la obligación de promover la represión. 6.1.36 Encubrimiento. Favorecimiento personal a través de la omisión de denuncia. 6.1.37 Encubrimiento agravado del funcionario público, en casos relacionados a la ganadería. 6.1.37.1 Penas agravadas por el monto, la multa y la inhabilitación en el Encubrimiento y el encubrimiento en casos relacionados con la ganadería. 6.1.38 Favorecimiento de evasión. 6.1.39 Omisión culposa de diligencias respecto a guías y certificados de compra de ganado. 6.1.40 Lavado de activos provenientes de un delito. — 6.2 Disposiciones del nuevo CPPSF en materia disciplinaria. — 6.3 Responsabilidades procesales del funcionario policial. — 6.4 Actos de la Policía. Deberes y atribuciones policiales. El art. 268 del Código Procesal Penal de Santa Fe (Ley Nº 12.734).

6.1 Delitos relacionados con el cumplimiento de las funciones policiales.

Debemos diferenciar aquí de los delitos comunes que son agravados por ser cometidos por un policía en su calidad de funcionario público en ejercicio de sus funciones, de los delitos específicamente tipificados para los policías, es decir delitos propios, que requieren esa calidad en el sujeto activo.

6.1.1 Homicidio agravado por el abuso de la función, cargo o condición del sujeto activo.¹⁰⁹

Se requiere que haya habido *abuso de su función o cargo*, con lo cual pensamos que no todos los homicidios cometidos por un integrante de las fuerzas especificadas, serán agravados.

La agravante de aplicarse cuando la persona esté en el cumplimiento de su función, abusando de la misma.

109 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011, p. 202.

La norma dice: *“Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición”*.¹¹⁰

6.1.2 Lesiones calificadas.

Las agravantes son las mismas que agravan el homicidio, o sea el funcionario público en ejercicio de sus funciones, claramente estipula el art. 92 C.P., *“Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años”*.

6.1.3 Abuso de armas.¹¹¹

Está previsto en el art. 104 C.P., *“Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierirla. Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida”*.

6.1.3.1 Agravantes.

Está previstas en el art. 105 C.P., *“Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente”*. Es decir cometida por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

6.1.4 Delitos previstos en la ley de estupefacientes¹¹² - agravantes:

¹¹⁰ Texto agregado por ley 25.816, publicada el 9 de Diciembre del 2003.

¹¹¹ Quien desee ampliar puede consultar la obra PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011.

¹¹² Quien desee ampliar puede consultar la obra PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011.

El artículo 11 de la ley 23.737 establece una serie de agravantes que se aplican a las figuras previstas en los artículos que la anteceden, ellas son:

d) *“si los hechos se cometieren por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos”;*

Funcionario público es el que desempeña funciones públicas; pero como también se puede participar en ellas en forma accidental o permanente (art. 77 C.P.), el concepto jurídico penal se extiende también al empleado que sin ser funcionario strictu sensu, tiene esa calidad por la participación que le cabe en aquella función.

El funcionario debe estar en el ejercicio de sus funciones. No basta que esté nombrado, así como tampoco que esté suspendido. Se exige que ejerza efectivamente el cargo.

Son encargados de la prevención, es decir con la actividad de evitar la comisión de los delitos que reprime la ley 23.737, además de las autoridades sanitarias encargadas del contralor en las zonas de frontera, los funcionarios de organismos de seguridad nacional o provincial, los que pertenecen a la administración de Aduanas, los que son nombrados por convenios entre los organismos de seguridad y Aduana, y demás entes administrativos con el objeto de colaborar y aunar esfuerzos en la prevención del abuso de drogas (según art. 31 de la ley 23.737)

Son funcionarios públicos encargados de la persecución, aquellos que tienen por ley el ejercicio de la acción penal (fiscal) y aquellos que como la Policía, deben investigar los delitos de acción pública.

El funcionario está encargado de la guarda de los presos, si tiene su custodia desde el momento en que se hace cargo de los mismos, y también el que los custodia en forma directa e inmediata sea en forma accidental (traslado a un tribunal) o permanente (celadores).

6.1.5 Privación ilegal de la libertad.¹¹³

113 Quien desee ampliar puede consultar la obra PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011.

Esta prevista en el art. 141.- *“Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.”*

En ésta figura, como en las que más adelante analizaremos, se encuentra el hecho de privar ilegalmente de la libertad personal a un individuo, este constituye el tipo básico.

Este artículo se refiere a “cualquier” privación de la libertad personal, en referencia a la libertad de movimiento, que es su forma básica, o sea la imposibilidad de poder trasladarse de un lugar a otro o la imposibilidad de ir a un lugar determinado, “son típicos tanto los impedimentos a los movimientos como la imposición de movimientos”.¹¹⁴

6.1.5.1 Figuras agravadas.

Están reguladas por el art. 142 bis y ter, el primero ha sido reformado por las leyes 25.742¹¹⁵ y 26.394¹¹⁶, *“Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho años.*

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

(...) 5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado....

La pena será de quince a veinticinco años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida...”

En el inciso 5º, se tiene en cuenta la calidad del sujeto activo del injusto, en cuanto a la profesión que desempeñe, los conceptos de funcionario y empleado público, deberán tomarse del art. 77 cuarto párrafo del Código Penal, y de fuerza armada del

114 CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 4ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires 1993, p. 299.

115 Publicada en el Boletín Oficial del 20 de Junio del 2003.

116 Publicada en el Boletín Oficial del 29 de Agosto del 2008.

quinto párrafo introducido por ley 26.394¹¹⁷, la función o empleo deben estar vigentes al momento de comisión del hecho. Como siempre el concepto de fuerzas de seguridad es vago e impreciso en cuanto a su contenido, pensamos que sólo abarcaría a las fuerzas policiales, tanto federales como provinciales, a la Prefectura Naval y a la Gendarmería. Se nos presenta a una duda en cuanto a si podría incorporarse al concepto de personas que presten o hayan prestado servicio en un organismo de inteligencia del Estado, al personal que se desempeña en los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas.

El siguiente artículo busca penar lo que se conoce como *desaparición forzada de personas por parte del Estado*, a través de sus funcionarios o personas que actúan con su complicidad o tolerancia.

ARTICULO 142 ter.¹¹⁸ *“Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, **al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.***

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

117 Por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo. (Párrafo incorporado por art. 1° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

118 Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.679 B.O. 09/05/2011

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida”. La negrita nos pertenece.

6.1.6 Privación ilegal de la libertad cometida por Funcionarios Públicos.

Esta prevista en el art. 143.- *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:*

1) el funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;

2) el funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;

3) el funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;

4) el jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;

5) el alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;

6) el funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver”.

El funcionario policial debe prestar una atención especial a las conductas descritas en este tipo penal, ya que tienen directa relación con su trabajo diario. Los delitos aquí previstos son verdaderos abusos funcionales que afectan a uno de los Derechos Humanos básicos de toda persona la Libertad. ¹¹⁹

6.1.6.1 Retención ilegal en detención o en prisión.¹²⁰

¹¹⁹ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, Manual Teórico Practico Policial, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011, p. 271.

¹²⁰ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, Manual Teórico Practico Policial, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011.

La disposición del inciso 1º que requiere la existencia de una situación de “detención legítima”, se refiere a la retención del que ya está preso por disposición legal y se deba decretar o ejecutar su liberación, es decir se prolonga indebidamente su detención; para Creus es un delito de comisión por omisión.

El único que puede decretar la libertad es el Juez, pero el que ejecuta esa orden es el personal policial o penitenciario.

Acción típica, retener, que es mantener la detención de la persona.

6.1.6.2 Prolongación indebida de detención.

El segundo inciso también requiere de una situación de “detención legítima”, y sanciona que el funcionario se exceda en los términos que lo obligan a ponerlo a disposición de la autoridad competente -Juez-, es, dice Soler, una ilegalidad por incompetencia del funcionario público.

Acción típica, prolongar, que en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, significa “Hacer que dure una cosa más tiempo de lo regular”.¹²¹ Es un delito propio, ya que sólo pueden cometerlo los funcionarios con competencia para tener detenida a la persona.

Dispone el ordenamiento procesal provincial:

ARTÍCULO 268.- Deberes y atribuciones.- *“La Policía tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*

(...) 4) Aprender, detener e incomunicar a las personas, en los casos que este Código autoriza, informándolo de inmediato al Fiscal. En todos los casos deberá poner a las mismas a disposición del Juez competente dentro de las veinticuatro horas de efectuada la medida;..”

ARTÍCULO 212.- Aprehensión.- *“La policía podrá aprender a quien sorprenda en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública.*

En la misma situación, cualquier persona puede practicar la apreensión entregando inmediatamente al aprehendido a la Policía.

121 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid 1956, p. 1071.

En ambos casos, la Policía dará aviso sin dilación alguna al Ministerio Público Fiscal quien decidirá el cese de la aprehensión o la detención si fuere procedente.

Si se tratare de un delito dependiente de instancia privada, será informado de inmediato el titular del poder de instar”.

Una vez detenida la persona debe comunicarse **inmediatamente** al Fiscal y ponerla a disposición del juez de garantías, **dentro de las 24 horas**.

Debe tenerse presente que el art. 10 bis incorporado a la ley 7395, por la ley 11.516, establece que en los casos de detención por averiguación de identidad, la demora no podrá exceder las seis (6) horas¹²².

Dispone el ordenamiento procesal federal:¹²³

En su art. 184, “Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:

*Inciso 8º) Aprehender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos del **art. 205**, por un término máximo de **diez** (10) horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial. En tales supuestos, deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión”.* Texto según ley 25.434, Publicada en el boletín oficial el 19 de Junio del 2001.

De aquí fácilmente puede deducirse que cuando el delito sea de competencia federal, el detenido deberá ser puesto a disposición del Juez competente, **dentro de las 6 horas.**

El meollo de la cuestión y la mayor severidad del ordenamiento federal, esta en la llamada “Presentación del detenido”, prevista en el **Art. 286**, que ordena: “*El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas ante la autoridad judicial competente*”.

122 Sobre este tema se puede consultar **Comentario a la ley provincial de Santa Fe, nº 11.516, Detención en averiguación de identidad**, por Adolfo Prunotto Laborde, publicado en Zeus, Tomo 76, L-37.

123 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011, p. 274.

No se trata sólo de poner en conocimiento del Juez competente, se trata de **presentarlo ante el mismo**, en el plazo de 6 horas, esta diferencia entre ambas regulaciones como vemos no es menor.

Mientras que el art. 281 CPPN, dispone “*Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieran participado varias personas no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la instrucción, el juez podrá disponer que los presentes no se alojen del lugar ni se comuniquen entre sí antes de prestar declaración y, aun ordenar el arresto si fuere indispensable.*”

Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el estrictamente necesario para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza y no durarán más de ocho (8) horas. Sin embargo, se podrá prorrogar dicho plazo por ocho (8) horas más, por auto fundado, si circunstancias extraordinarias así lo exigieran.

Vencido este plazo podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable”.

De donde se deduce que estos plazos de 8 horas más 8 horas, es decir como máximo 16 horas, son para el Magistrado no para los funcionarios policiales, que siguen vinculados a las **6 horas**.

Transcribiremos también para que quede claro que incluso en los casos de **Detención sin orden judicial**, autorizado por el art. 284 CPPN, rigen las 6 horas, dispone el citado artículo, “*Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial:*

- 1) *Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.*
- 2) *Al que fugare, estando legalmente detenido.*
- 3) *Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y*
- 4) *A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.*

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad”.

La Flagrancia, como podemos apreciar es similar en ambos ordenamientos, dispone el art. 285 CPPN, *“Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito”.*

6.1.6.3 Incomunicación indebida.¹²⁴

Esta prevista en el inciso 3º, que hace referencia según Soler a una figura de apremio ilegal bajo el título de los delitos contra la libertad, en una concepción más que amplia; pero en realidad se está afectando una parte de la libertad de la persona, como lo es la libertad de comunicarse con otras personas.

Puede consumarse por incomunicarla cuando no debe o bien por mantener la incomunicación más allá de lo debido.

ARTÍCULO 215.- Incomunicación.- *“Con motivación suficiente, y hasta la celebración de la audiencia imputativa el Fiscal podrá ordenar la incomunicación del detenido. La medida cesará automáticamente luego de finalizada dicha audiencia o al vencimiento del plazo máximo previsto para la celebración de la misma”.*

Dispone el ordenamiento procesal nacional:

En su art. 184 CPPN, *“Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:*

*Inciso 8º) Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos del **art. 205**, por un término máximo de **diez (10) horas**, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial. En tales supuestos, deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión”.* Texto según ley 25.434, Publicada en el boletín oficial el 19 de Junio del 2001.

124 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 276.

Que debe complementarse con el art. 205, *“El juez podrá decretar la incomunicación del detenido por un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, prorrogable por otras veinticuatro (24) mediante auto fundado, cuando existan motivos para temer que se pondrá de acuerdo con terceros u obstaculizará de otro modo la investigación.*

Cuando la autoridad policial haya ejercitado la facultad que le confiere el inc. 8 del art. 184, el juez sólo podrá prolongar la incomunicación hasta completar un máximo de setenta y dos (72) horas.

En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comuniquen con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal.

Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos que solicite, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena.

Asimismo se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción”.

Debe tenerse en cuenta que las 72 horas, incluyen las 10 de incomunicación policial del art.184 inc. 8º.

Los plazos de ambos ordenamientos son diferentes, hecho que debe ser tenido en cuenta cuando una persona esta privada de su libertad.

6.1.6.4 Recepción irregular y colocación indebida de presos.¹²⁵

Esta prevista en el inciso 4º, aquí se dan supuestos diferentes:

- 1) Recepción de condenados sin el testimonio de la sentencia firme que ordena la medida, testimonio que debe cumplir con todos los requisitos formales,
- 2) Alojamiento del condenado en un lugar indebido, que sea más gravoso, que el que le correspondía, ya que si el error lo beneficiara no hay delito. Aquí pueden consignarse como ejemplos: alojar juntos a mayores y menores, a enfermos y sanos, a violadores en lugares donde pueden ser agredidos por personas que han cometido otros delitos.

6.1.6.5 Recepción de imputados sin la orden de autoridad competente.¹²⁶

¹²⁵ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011, p. 277.

¹²⁶ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 278.

Esta prevista en el inciso 5º, igual que el inciso anterior se limita a los casos en que no se observaron las disposiciones y formalidades prescriptas por la ley, pero respecto al imputado de un delito. La excepción esta dada por el caso de flagrancia, lo que no impide que luego se complete la papelería correspondiente.

6.1.6.6 Omisión de hacer cesar o denunciar una detención ilegal.¹²⁷

Está contemplada en el último inciso el 6º, que prevé cuatro conductas diferenciadas:

- 1) Omitir hacer cesar la detención ilegal, omite disponer las medidas pertinentes para la liberación,
- 2) Retardar el cese de la detención ilegal, es demorar la puesta en libertad, más allá de lo que corresponde por ley,
- 3) Rehusar el cese de la detención ilegal, es negarse a poner en libertad a la persona, frente a un pedido expreso u orden expresa,
- 4) No denunciar la detención ilegal a la autoridad competente,

Tener noticia es haber tomado conocimiento y detención es cualquier privación de libertad hecha por autoridad competente, sea legal o ilegal.

6.1.7 Detenciones ilegales, vejaciones y apremios ilegales.¹²⁸

Están previstos en los tres incisos del art. 144 Bis.- *“Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo....”*

6.1.7.1 Privación abusiva de libertad.¹²⁹

Esta contemplada en el inciso 1º, *“el funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal”*.

127 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 278.

128 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 278.

129 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 278.

Este tipo es el que se denomina detención ilegal y tiene íntima relación con el artículo 18 de la Const. Nacional cuando dispone que “...nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”, a lo que debe sumarse el texto de los pactos internacionales de Derechos Humanos, incorporados a la Constitución.

Es un caso grave y calificado de privación de la libertad. Aquí la ley reprime el abuso del funcionario, cuando realiza u ordena la privación de libertad sin tener facultades para ello o lo hace fuera de las prescripciones de ley (ej. sin orden escrita de autoridad competente).

La práctica policial debe respetar aquí absolutamente las normas procesales y constitucionales que rigen esta materia.

Transcribiremos los casos de **Detención sin orden judicial**, autorizados por el art. 284 del CPPN, “*Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial:*

- 1) *Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.*
- 2) *Al que fugare, estando legalmente detenido.*
- 3) *Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y*
- 4) *A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.*

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad”.

6.1.7.2 Vejaciones o apremios ilegales en acto de servicio.¹³⁰

Esta contemplada en el inciso 2º “*el funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales*”;

130 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 289.

Aquí la persona que sufra las vejaciones o apremios no esta detenida legalmente, por lo que dichas conductas concurrirán realmente con la privación ilegítima de la libertad.

Acciones típicas:

- 1) Vejar, es molestar, perseguir, maltratar o hacer padecer a una persona, sea física o psíquicamente. “Es todo trato humillante que mortifica moralmente a la persona, atacando su sentimiento de dignidad o de respeto que merece como tal y con el que espera ser tratada”.¹³¹
- 2) Apremiar, es obligar, compeler a una persona a que haga algo. Apremios ilegales, son procedimientos coaccionantes, que buscan un fin trascendente al mismo apremio, lograr una determinada conducta en el apremiado, una declaración una confesión, en la mayoría de los casos.

Debe darse la circunstancia de tiempo y modo, “*durante un acto de servicio del funcionario*”.

6.1.7.3 Imposición de severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos.

Esta prevista en el inciso 3º, “*el funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales*”.

Respecto a las acciones de vejar y apremiar nos remitimos al ítem anterior, en tanto severidades, significa, son rigurosidades excesivas en el trato a los presos, mortificaciones innecesarias y abusivas, privaciones de derechos –como el de visita- o beneficios –como descansos-.

Sujetos pasivos son los detenidos en sentido amplio, es decir cualquier persona privada de su libertad en forma legítima.

6.1.8 Tortura.¹³²

Esta regulada por el Art. 144 ter, que dice: “*1) Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario*

¹³¹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, *op. cit.*, p. 325.

¹³² PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 281.

público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.

2) si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3) por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.”

En éste artículo debemos distinguir las vejaciones y apremios de los tormentos y torturas.

Están contempladas la figura básica de tortura y sus agravantes.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona privada legítima o ilegítimamente de la libertad, y sujeto activo serán tantos los funcionarios públicos como los particulares que realizaren los hechos descriptos, bastando que, el caso de los funcionarios, tengan poder de hecho sobre el sujeto pasivo.

Por tortura, debemos entender imponer al sujeto pasivo, procedimientos que causen un intenso dolor físico y/o moral, sea cual fuere su fin, incluso aunque no tuvieran ningún fin o sólo lo sea el placer perverso del torturador.

Para comprender mejor este tema nos remitimos expresamente a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, incorporada al texto constitucional a partir de 1994.

En su artículo 1º la citada Convención define en el Inciso 1º a la tortura, diciendo: *“A los efectos de la presente convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público y otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación*

suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas”.-

De aquí podemos desprender que las acciones típicas son:

- 1) Infringir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información,
- 2) Infringir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero una confesión,
- 3) Castigar a la persona por un acto que haya –o se sospeche- cometido,
- 4) Intimidar o coaccionar a una persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

Las formas de agravación son:

- a) cuando las torturas produzcan lesiones gravísimas,
- b) cuando con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, En estos casos lo que se agrava es la pena.

6.1.9 Omisiones funcionales penadas.¹³³

Están previstas en el art. 144 quater, en sus cuatro incisos que iremos transcribiendo y comentando.

6.1.9.1 Omisión de evitación.

Inciso 1º *“Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la Comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello”.*

El profesor Donna, encuentra dos fundamentos para sancionar esta omisión funcional, por un lado la posición de garante del funcionario “que tiene el deber de cuidado de las personas a su cargo, y que delega parte de esto, no puede dejar de lado el deber de supervisar y vigilar al otro funcionario público o a un particular”, y si no se quiere recurrir a esa posición de garante, “no hay duda de que el funcionario que tiene el deber

133 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 283/4.

de cuidar a la persona y puede hacerlo, y deja que otros torturen, tiene el dominio del hecho y por lo tanto carga el hecho como autor”.¹³⁴

6.1.9.2 Omisión de denunciar el delito de tortura.

Esta prevista en el inciso 2º, *“La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la Comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión”*.

Este delito es cometido por cualquier funcionario entre ellos cualquier funcionario policial, sin importar su jerarquía, que no tenga entre sus funciones la custodia de los detenidos y no denuncie las torturas de las que hubiere tomado conocimiento, para que quede claro, el disponible de una comisaría, el sumariante o cualquier otro personal de una dependencia cualquiera, que no sea de los referenciados en el ítem anterior.

Si el funcionario fuera médico, por ejemplo el médico policial o el médico forense o médicos de efectores públicos de salud y no denunciaran el hecho sufrirán la pena de prisión con más la de inhabilitación especial para ejercer su profesión; debe terse presente el deber de denunciar de estos profesionales.

No debe olvidarse que la ley fija un término perentorio de **24 horas** para hacer la denuncia.

6.1.9.4 Inhabilitación especial perpetua como pena conjunta.

Esta prevista en el inciso 4º, *“En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.”*

Esta disposición es criticada en la doctrina, pues ha sido impuesta para los encubridores y no para los autores, esta inhabilitación se superpone con la impuesta a los médicos en el inciso segundo, y además la última parte debió ser interpretada, como tener

134 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-A, *op. cit.*, págs. 198/9.

o portar armas, de las que requieren autorización del Estado, a través del RENAR, ya que si no la persona no podría tener una cortaplumas.

6.1.10 Omisión funcional permisiva culposa.¹³⁵

Esta prevista en el art. 144.- Quinto, *“Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.”*

La acción que en este tipo se describe es la omisión de establecer la debida vigilancia o la adopción de medidas para evitar efectivamente las torturas aplicadas, debe tener una relación directa con el deber de cuidado objetivo de dicho funcionario.

Sujeto activo es el funcionario responsable de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo que reciba detenidos.

La omisión debe tener directa relación causal con la comisión del delito a que se refiere.

6.1.11 Trata de personas mayores de edad, con fines de explotación.¹³⁶

Dentro las reformas introducidas al C.P., encontramos la incorporación del artículo 145 bis.¹³⁷, *“El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediar engañ, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años...”*

Las acciones típicas son:

135 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 285.

136 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; ps. 286/9.

137 Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008

- Captar, es “el hecho de ganar la voluntad de alguien atrayéndolo a su poder de hecho dominio. Consiste en conseguir la disposición personal de un tercero para después someterlo a sus finalidades. Capta, en este sentido, quien ha logrado hacerse de la voluntad y predisposición de una persona para luego intentar dar cumplimiento a sus objetivos”.¹³⁸ El diccionario de la Real academia Española, en su 4ª acepción, da el siguiente significado; “Atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien”.¹³⁹
- Transportar, llevar a una persona de un lugar a otro.
- Trasladar, llevar a una persona de un lugar a otro; es sinónimo del término anterior.
- Acoger, servir de refugio o albergue a alguien¹⁴⁰; “debe entenderse cuando el sujeto activo le da refugio o lugar, o cuando procede a aceptarla conociendo el origen del hecho y la finalidad que se pretende otorgar”.¹⁴¹
- Recibir, sería sustentar a la persona; “se es el receptor de la guarda de la víctima del delito”.¹⁴²

Todas acciones antes conceptualizadas, serán típicas, sólo si han sido llevadas a cabo mediante *engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación*. Ver ítem 5.4.2.

La explotación se encuentra definida en el art. 4º de la propia ley, “*Explotación. A los efectos de la presente ley, existe explotación en cualquiera de los siguientes supuestos:*

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;*
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;*
- c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;*

138 CARRERAS, Eduardo Raúl; *El delito de trata de personas*, L.L., 2008-C, 1053.

139 Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española; 22ª edición; versión de la web, <http://buscon.rae.es/drae/>.

140 Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española; 22ª edición; versión de la web, <http://buscon.rae.es/drae/>.

141 CARRERAS, Eduardo Raúl; *El delito de trata de personas*, L.L., 2008-C, 1053.

142 CARRERAS, Eduardo Raúl; *El delito de trata de personas*, L.L., 2008-C, 1053.

d) Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos”.

Constituye el elemento subjetivo volitivo del tipo estudiado, o elemento subjetivo del tipo distintos del dolo o *ultrafinalidad*.

Otro concepto que debe ser aclarado es el de vulnerabilidad¹⁴³, para ello recurriremos a las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”; que fueron redactadas en el marco de XIV Cumbre Judicial Iberoamericana;¹⁴⁴ *“Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.*

6.1.11.1 Agravantes.

Están previstas en la última parte del art. 145 bis, *“La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión cuando:*

1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;....”. La negrita nos pertenece.

El concepto de persona conviviente, entendemos que no debe limitarse a concubino.

6.1.12 Trata de personas menores de edad, con fines de explotación.¹⁴⁵

¹⁴³ Quien desee ampliar puede consultar, DE CESARIS, Juan; “La vulnerabilidad en la trata de personas”, La Ley Sup. Act. 10/09/2009,1.

¹⁴⁴ Realizada durante el mes de Marzo del 2008 en Brasilia.

¹⁴⁵ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 289.

El artículo 145 ter.¹⁴⁶ – *“El que ofreciere, captare, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho (18) años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años.*

La pena será de seis (6) a quince (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión, cuando:

.2. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;...”.

Nos remitimos a los comentarios efectuados para la figura anterior.

6.1.13 Allanamiento ilegal de domicilio.

Esta tipificado en el artículo 151, que dice: *“Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”.*

El funcionario policial lleva adelante un allanamiento sin estar facultado por la ley o por el juez competente, la ley es tanto la ley penal como la procesal penal.

6.1.14 Revelación del Secreto Oficial.¹⁴⁷

Es penado por el artículo 157, *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial de uno a cuatro años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos o datos, que por la ley deben ser secretos”.*¹⁴⁸

Al analizar algunas declaraciones de policías, efectuadas a la prensa, pensamos que las mismas pueden estar violando este tipo penal.

146 Artículo incorporado por art. 11 de la Ley N° 26.364, B.O., 30/4/2008.

147 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 309.

148 Texto según ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008

Cuando las actuaciones gozan del secreto por disposición legal o por resolución fundada, el funcionario policial o judicial que brinde información sobre las mismas comete el delito de violación de secreto oficial y los periodistas que lo den a publicidad, a través del dispositivo ampliatorio del tipo conocido como participación, pueden ingresar al delito, pues no cabrían muchas dudas que su conducta sería la de un partícipe necesario.¹⁴⁹

Sobre el art. 157 del código penal, Soler, decía “se trata evidentemente de un caso de propalación y no de intrusión”.¹⁵⁰

6.1.14.1 Violación de la prohibición de informar del art. 51 del código penal.¹⁵¹

Con la redacción de este artículo se ha buscado evitar la estigmatización de por vida de una persona que ha estado sometida a un proceso penal, con muy buen criterio legislativo, ya que si prescriben las acciones penales, las penas, caducan los efectos de la condena, es justo que también caduquen los registros de los procesos, de los juicios y de sus resultados.

El permanente y no justificado atraso que registra la Oficina de Prontuarios de la Policía de Santa Fe, lleva a que permanentemente se estén informando antecedentes penales incompletos o bien ya caducos, condenas, absoluciones, sobreseimientos, al remitirse las planillas prontuariales al los Juzgados, violándose lo dispuesto expresamente en el art. 51 del código penal.¹⁵²

Sólo se puede informar las detenciones que no hayan dado lugar a la formación de una causa penal:

Cuando sea beneficioso para el detenido, es decir en un habeas corpus.

✓ Cuando la víctima es el propio detenido –primer párrafo in fine-.

Se pueden brindar las informaciones respecto de las sentencias condenatorias, sólo:

1) Cuando el interesado haya dado su consentimiento.

149 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, “**Justicia y Medios de Prensa**”, publicado en Zeus, Boletines n°s. 6863 y 6864, de los días 7 y 8 de Febrero del 2002, incluidos en el Tomo 88.

150 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1963, 2ª ed. p. 125.

151 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 310.

152 No se configuraría el tipo penal pertinente porque no hay dolo, pero si hay una profunda negligencia de las autoridades responsables.

2) Cuando un magistrado lo requiera como *elemento de prueba de los hechos en una causa judicial*, mediante una resolución fundada.

No se puede informar, los procesos:

- 1) En los que haya recaído un Sobreseimiento.
- 2) En los que haya recaído sentencia absolutoria.
- 3) En que haya recaído sentencia condenatoria:
 - a. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (artículo 27) para las condenas condicionales;
 - b. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
 - c. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

Es obvio que los registros deben estar actualizados, ya que si no lo están sería una forma de comisión del delito previsto en el art. 157, ya que entendemos que admite el dolo eventual, admitir lo contrario implicaría convalidar una forma de violar la prohibición, no obstante si alguno no admitiera esta postura, recordemos el incumplimiento de los deberes de funcionario público respecto al encargado de la oficina de antecedentes.

El art. 51 del C.P., dice: *“Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.*

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

- a. *Después de transcurridos diez años desde la sentencia (artículo 27) para las condenas condicionales;*
- b. *Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;*
- c. *Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.*

En todos los casos se deberá brindar la información, cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información,

excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

- a. Cuando se extingan las penas perpetuas;*
- b. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;*
- c. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (artículo 21, párrafo 2), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;*
- d. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.*

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.”

La violación de lo dispuesto en este artículo, configura la tipificación de la violación de secreto oficial contenida en el art. 157 del código penal, salvo que la misma configure un delito más severamente penado, “*como sucede si el informe contiene una falsedad, caso en el que el delito del art. 293 desplaza la aplicación de la figura del art. 51, último párrafo.*”¹⁵³

6.1.15 Acceso ilegítimo a un banco de datos y revelación de la información contenida en el mismo.¹⁵⁴

La ley de habeas data, n° 25.326¹⁵⁵ o Ley de Protección de los Datos Personales¹⁵⁶, tiene directa aplicación sobre la información de los prontuarios sean provinciales o federales, pues los mismos no son otra cosa que bancos de datos públicos, conforme el art. 23 y concordantes, reformada por la ley 26.388.

¹⁵³ NÚÑEZ, Ricardo, *Las disposiciones Generales del Código Penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba 1988, p. 234.

¹⁵⁴ Quien desee ampliar puede consultar la obra PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010.

¹⁵⁵ Sobre el tema puede consultarse de Eduardo Molina Quiroga, “Protección de Datos Personales”, publicado en los Boletines de Zeus, nos. 6822/5 del 10 al 13 de Diciembre, Tomo 87.

¹⁵⁶ Dicha ley ha sido reglamentada por el decreto 1558/01, publicado en el Boletín Oficial del 3/12/2001.

La mencionada ley incorporó el art. 157 bis al código penal, que reprime al que acceda a sabiendas e ilegítimamente a un banco de datos personales y en un segundo inciso al que *proporcionare o revelare a otro, información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley*, previendo una inhabilitación especial para ejercer cargos públicos en caso que el autor fuere funcionario público, categoría que ostentan los funcionarios policiales.

Dispone el art. 157 bis, *“Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:*

1. *A sabiendas e ilegalmente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales.*
2. *Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro, información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.*
3. *Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*

*Cuando sea funcionario público sufrirá además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años”.*¹⁵⁷

6.1.16 Hurto agravado por pertenecer a una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario.

Ha sido introducida por el artículo 163 bis *“En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”.*

6.1.17 Robo agravado por la pertenencia del sujeto activo a fuerzas policiales y de seguridad.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Texto según ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008

¹⁵⁸ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 351.

La ley 25.816¹⁵⁹, ha incorporado el art. 167 bis, que dispone, *“En los casos enunciados en el presente capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”*.

Esta agravante se aplicará a los miembros activos de las fuerzas de seguridad – Gendarmería Nacional, Prefectura Naval-, de las policías tanto Federal, como provinciales y a los agentes del servicio penitenciario, tanto nacional como provincial.

Se requiere que el funcionario haya actuado en calidad de autor, si sólo fuera partícipe no se aplicará la agravante; ya que es la única interpretación que admite la palabra *ejecutare*.

Se debe acreditar la pertenencia activa de la persona a las fuerzas mencionadas.

6.1.18 Abigeatos agravados.

Se encuentran previstos en el art. 167 quater en seis incisos, el que nos incumbe es el 5º; *“Participación de un funcionario público, que violando los deberes a su cargo abusando de su función, facilitare directa o indirectamente su comisión”*.

Por último el artículo 167 quinque, impone dos penas conjuntas a la prisión, consistentes en inhabilitación para funcionarios públicos o profesionales de los designados en el inciso 4º y una multa de dos a diez veces del valor del ganado sustraído.

6.1.19 Secuestro extorsivo.¹⁶⁰

El art. 170 C.P. prevé la figura del secuestro disponiendo castigo a quien *“sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito...”* la pena se agrava en forma considerable.

Se trata de un delito contra la propiedad y contra la libertad en un doble objeto, la de la persona privada de la misma y la de quien debe soportar la extorsión, de todos modos la privación de la libertad por sí gravísima es tenida en cuenta por el delincuente

159 Publicada en el Boletín Oficial del 9 de Diciembre del 2003.

160 Quien desee ampliar puede consultar la obra PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010.

solo como un medio extorsivo. El autor se vale del poder coactivo de la privación de la libertad.

Nos encontramos frente a un delito de tipo permanente, ya que durará mientras dure la privación de la libertad.

Esta figura se caracteriza por la finalidad, esto es el rescate o lo que se ha dado en llamar el precio de la liberación. No constituirá secuestro extorsivo cuando la obtención de la libertad no dependa de un precio y el fin perseguido no haya sido el rescate.

El logro efectivo de aquél no es necesario para la consumación del delito, pero si ello ocurre la figura se encuentra agravada.

El art. 170, ha sido reformado por la ley 25.742¹⁶¹, se mantiene igual el primer párrafo al que ya nos hemos referido, agregándose cuatro párrafos.

El segundo párrafo, que legisla seis agravantes; nos interesa el inciso 5º.

“...5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado”.

Las acciones típicas son:

1. Sustraer, significa conducir al sujeto pasivo a un lugar diferente al que se encontraba, contra su voluntad; basta apartarla del lugar donde desarrolla su vida libremente. _

2. Retener, significa mantener, hacer permanecer, al sujeto pasivo en un lugar donde no quiere estar.

3. Ocultar, significa esconder al sujeto pasivo, hacerlo desaparecer temporalmente.

Esas acciones lucen más restringidas y precisas que “privar la libertad”.

Deben tener un fin “para” *sacar rescate*, constituye un elemento subjetivo volitivo del tipo penal.

En el inciso 5º, se tiene en cuenta la calidad del sujeto activo del injusto, en cuanto a la profesión que desempeñe, los conceptos de funcionario y empleado público, deberán tomarse del art. 77 cuarto párrafo del Código Penal, pero la función o empleo deben estar vigentes al momento de inicio del injusto, mientras que en el caso de los miembros de las fuerzas de seguridad u organismos de inteligencia del Estado, no se ha

161 Publicada en el Boletín Oficial del 20 de Junio del 2003

impuesto ese requisito, ya que abarca a los que hayan ejercido esas funciones. Como siempre el concepto de fuerzas de seguridad es vago e impreciso en cuanto a su contenido, pensamos que sólo abarcaría a las fuerzas policiales, tanto federales como provinciales, a la Prefectura Naval y a la Gendarmería. No incluiría a las Fuerzas Armadas, es decir el Ejército, la Marina y la Aeronáutica. Se nos presenta a una duda en cuanto a si pudiese incorporarse al concepto de personas que presten o hayan prestado servicio en un organismo de inteligencia del Estado, al personal que se desempeña en los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas. Habría sido más fácil hablar de la SIDE, o bien extenderlo a las personas antes referenciadas.

6.1.20 Violación de fueros.

Este tipo penal esta directamente ligado al principio de igualdad y a la **inmunidad de arresto por la función**, es decir a las limitaciones funcionales de la aplicación de la ley penal¹⁶², tiene vinculación con el art. 221 que pune la violación de inmunidades.

ARTICULO 221. – “*Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera*”

Establece los procedimientos pertinentes la ley 25.320, llamada ley de fueros, que debe ser cumplida estrictamente por los funcionarios policiales, bajo la dirección de los magistrados.

Dice el artículo 242, “*Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a diez mil pesos e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas*”.

6.1.21 Usurpación de autoridad.¹⁶³

162 Quien desee ampliar puede consultar la obra PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010.

163 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 429.

Esta previsto en el artículo 246, que dice: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:*

- 1) *El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;*
- 2) *El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó a cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;*
- 3) *El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo”.*

Cada inciso constituye un tipo independiente, a saber:

- a) En el inciso primero, se persigue una usurpación de funciones, por parte del sujeto activo que no ha tenido ni tiene facultades para ejercer esas funciones, se da una asunción y ejercicio arbitrario de funciones públicas, por falta de título o nombramiento.
- b) En el inciso segundo, se persigue la usurpación de funciones que se han tenido y se han perdido, cualquiera sea la causa.
- c) En el inciso tercero, se persigue la usurpación de funciones que hace un funcionario sobre competencias que no son inherentes a su cargo, por ejemplo un juez que de fe en las actuaciones, cuando esa función es propia del Secretario, se pueden usurpar funciones de cargos de mayor o menor jerarquía.

6.1.22 Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos.¹⁶⁴

Este capítulo del código penal, es muy importante para el funcionario policial, pues tipifica conductas que puede cometer el policía en el ejercicio de sus funciones.

El bien jurídico tutelado es la administración pública, *“que puede verse afectada por el arbitrario ejercicio de la función pública al margen de las constituciones, leyes o deberes que la rigen...”*, es protegerla de aquellos funcionarios *“que de una manera aviesa actúan en contra de la Constitución y de la las leyes”*.¹⁶⁵

164 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 431.

165 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, op. cit., págs. 162.

El art. 248 que rige estas conductas, dice: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”*.

Se dan en este tipo penal tres conductas bien diferenciadas:

- 1) Dictar resoluciones u órdenes contrarias a las Constituciones o a las leyes; es un delito comisivo,
- 2) Ejecutar ordenes contrarias a las Constituciones o a las leyes, es un delito comisivo,
- 3) No ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario, es un delito omisivo, ya que lo que ley espera es su cumplimiento, hay un no hacer por parte del funcionario, cuando debía haber un hacer, por ejemplo: no recibir una denuncia, *“queda comprendido el retardo indebido de su cumplimiento: el no ejecutar es no ejecutar cuando se debe ejecutar, de manera que tanto comete el delito quien deja de ejecutar la ley como quien la ejecuta fuera de la oportunidad en que debía hacerlo”*.¹⁶⁶

La diferencia entre la conducta que persigue este tercer inciso y el artículo 249, radica en que este último se refiere al incumplimiento genérico de las funciones administrativas –actos administrativos-, contenidas por ejemplo en los reglamentos, como podría ser el Reglamento de Comisarías; mientras que el inciso tercero, se refiere al incumplimiento de las disposiciones expresas de la ley.

6.1.22.1 Omisión de los deberes de fiscalización relacionados con la comercialización e inspección de la actividad ganadera.¹⁶⁷

Este delito debe ser tenido presente por todos los policías, que prestan servicios en zonas rurales y en rutas.

La ley 25.890¹⁶⁸, introdujo una suerte de Omisión agravada de los deberes del oficio, que habría sido más correcto ubicarla a continuación del art. 249, dispone el art.

¹⁶⁶ CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, *op. cit.*, p. 258.

¹⁶⁷ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 432.

¹⁶⁸ Publicada en el Boletín Oficial del 21 de Mayo del 2004.

248 bis, *“Será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen”.*

Requisitos del tipo:

1. Calidad de funcionario público conforme el art. 77 del Código penal.
2. Deber de fiscalizar el cumplimiento de normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal.
3. Omitir las inspecciones que debe llevar a cabo.

6.1.23 Omisión de los deberes del oficio.

Está regulada por el art. 249, que dispone: *“Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.*

Que como explicáramos apunta a penar el incumplimiento de las funciones o actos administrativos, impuestos por los reglamentos.

6.1.24 Denegación de auxilio.¹⁶⁹

Esta regulado por el art. 250 que dice: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente”.*

El bien jurídico protegido es la administración pública, pero teniendo en cuenta que los funcionarios públicos civiles pueden requerir el auxilio de la fuerza pública, para cumplir sus tareas como disponen los artículos 11 inc. a y 13 inc. b de la Ley Orgánica de

169 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; Manual Teórico Practico Policial, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 433.

la Policía de la Provincia Santa Fe N° 7395/75¹⁷⁰, podemos decir que en realidad lo que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, a través de los deberes de cooperación en el servicio que vincula a los funcionarios públicos.

Disponen los referidos artículos:

Artículo 11- “La Policía de la Provincia es representante y depositaria de la fuerza pública en su jurisdicción. En tal calidad le es privativo:

a) Prestar el auxilio de la fuerza pública a las autoridades nacionales, provinciales y municipales cuando sea requerido el cumplimiento de sus funciones.....”

Artículo 13 – “En el ejercicio de la función de policía judicial en todo su ámbito jurisdiccional, le corresponde:

a) Investigar los delitos de competencia de los jueces de la Provincia (.....)

b) Prestar el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la Administración de Justicia (...)”

El concepto de fuerza pública del art. 250 abarca, a la Gendarmería Nacional, Policía Federal, Policías Provinciales y Servicios Penitenciarios Federal y Provinciales.

El requerimiento de auxilio debe ser legal, es decir estar dentro de las facultades que tiene la autoridad civil; que no es únicamente la Justicia, también pueden solicitar auxilio Inspectores Municipales de Sanidad, etc.; es decir cualquier autoridad facultada por ley a solicitarlo.

6.1.25 Abandono de destino.¹⁷¹

Esta previsto en el art. 251, “*Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público...*”.

El bien jurídico tutelado según Creus, es la incolumidad del servicio público, tratándose de evitar la vacancia *contra legem* de los cargos creados para atender sus necesidades.¹⁷²

170 Entendemos que sigue vigente pues la ley 12.521, en su art. 123, deroga sólo la Ley del Personal Policial 6769.

171 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 434.

172 CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, op. cit., p. 268.

Se requiere un abandono definitivo del destino y que dicho abandono haya producido un daño al servicio, no un daño interno, sino que haya trascendido las inconveniencias internas del servicio, exteriorizándose causando un detrimento o menoscabo material o moral del servicio público afectando a la generalidad de las personas.

6.1.26 Violación de sellos.¹⁷³

Esta regulada en el artículo 254, *“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.*

Si el culpable fuere Funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos”.

Se busca proteger la inviolabilidad de una cosa, lugar o documento, colocándole sellos oficiales que certifican su contenido o calidad.

Se consuma violando esos sellos, sea destruyéndolos total o parcialmente o cambiándolos de lugar o alterándolos, o cualquier otra conducta, pues lo que se busca tutelar no es la integridad del sello, sino la seguridad que con él se persigue, lo que permite abarcar la conducta que deja intacto el sello pero viola el contenido por otra vía.

Estos sellos pueden ser por ejemplo las fajas que se colocan a un vehículo secuestrado.

Si la conducta es desplegada por un funcionario público se agrava la pena con la inhabilitación conjunta.

Se prevé en el párrafo final, una figura culposa por la negligencia o imprudencia del funcionario público que colocó los sellos, donde no se pune al que viola culposamente los sellos sino al funcionario que no obra con el deber de cuidado que le es exigible.

6.1.27 Violación de medios de prueba, registros o documentos.

173 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 435.

Esta prevista en el artículo 255¹⁷⁴, “Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterar, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500)”.

Este tipo penal busca proteger, conservar o preservar, aquellos objetos destinados a servir de prueba, que se hallan bajo la custodia de un funcionario público u otra persona pero en el interés del servicio público; es decir, “se sancionan aquellas acciones que tiendan a impedir que los objetos cumplan el fin para el cual fueron puestos en custodia”.¹⁷⁵ Este tipo está directamente relacionado, con la llamada **cadena de custodia de la prueba**, por lo que recordamos las recomendaciones del Manual de Procedimiento para la Preservación del Lugar del Hecho y la Escena del Crimen, RESOLUCIÓN SJ y AP N° 056/04 – Versión 2010; del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación; Subsecretaría de Política Criminal; Programa Nacional de Criminalística; al que nos remitimos y que puede hallarse en la página del ISeP. Esto permite estandarizar los procedimientos provinciales y federales.

Acciones típicas:

- 1) Sustraer, quitar la cosa de la esfera de custodia en que se halla, basta el desapoderamiento, no es necesaria la voluntad de apoderarse para sí, puede serlo para un tercero.
- 2) Alterar, Cambiar la esencia o forma de algo. Estropear, dañar, descomponer.¹⁷⁶
- 3) Ocultar, esconder, hacer desaparecer el objeto, de forma tal que no pueda ser hallado cuando deba ser utilizado, no es necesario sacar la cosa de la esfera de custodia sino hacerla inhallable, aunque luego se la pueda encontrar.

174 Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008.

175 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, op. cit., págs. 202.

176 Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española; 22ª edición; versión de la web, <http://buscon.rae.es/draell/>.

4) Destruir, es arruinarla materialmente de manera tal que no cumpla con su función de medio de prueba para el que era conservada.

5) Inutilizar, es volverla inidónea para su destino de prueba o de servicio público, quitándole las características que la hacían útiles para ellos, aunque materialmente se la mejore, por ejemplo restaurándola.

Objetos, pueden ser expedientes, documentos, planillas libros, armas, cualquier objeto que pueda servir de medio de prueba, el delito se consuma con la ejecución de cualquiera de las acciones explicadas, quebrantando la custodia de la cosa sin necesidad que se produzca perjuicio alguno.

El último párrafo castiga al funcionario que ha posibilitado esas conductas por su violación al deber de cuidado que le competía.

6.1.28 Cohecho Pasivo o “Pena para el Corrupto”.¹⁷⁷

Está reprimido por el artículo 256, *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”*.

Es el delito de corrupción de los códigos italiano y francés y proviene del *crimen repetumdarum*, del Derecho Romano¹⁷⁸.

El código Penal Francés, le dedica la Sección 3ª del Capítulo II del Título III, bajo el título “De la Corrupción pública”, siendo el artículo 432-10 el que pune el cohecho.¹⁷⁹ Creemos que ese sería el título que debería haberle dado la Ley de ética de la función pública, que lo modificó en 1999; es hora que los argentinos llamemos a las cosas por su nombre.

Inclusive el Código Penal Italiano¹⁸⁰, dedica varios artículos –318, 319, 319 bis, 319 ter, 320, 321 y 322-, titulándolos claramente con la palabra corrupción, por ejemplo los equivalentes al cohecho serían los artículos 318 y 319 que hablan de Corrupción por

177 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 437.

178 Quien desee ampliar puede consultar SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. V, *op cit.*, págs. 157 y ss.

179 El Código Penal Francés, Editorial Comares, Granada 2000, p. 160.

180 Codice Penale, Gulliver Libri, Città del Castello 1997, págs. 94 y 95.

un acto del oficio o función y Corrupción por un acto contrario a los deberes del oficio o función.

Y al que da la dádiva que es tan delincuente como el que la recibe se lo llama Corruptor, cosa que en este país no se entiende, el art. 321 de dicho ordenamiento extranjero, se titula Pena para el Corruptor.

El objeto tutelado es el normal y correcto funcionamiento de la Administración pública, que es puesto en peligro por estos actos corruptos, donde se castiga la venalidad del funcionario independientemente de la licitud o ilicitud del acto realizado por el funcionario.

Donna sostiene que *“la finalidad de este capítulo está sin duda en la idea de eliminar la corrupción y venalidad de la administración pública para que puedan servir a los intereses generales y actuar de esta manera más eficazmente. Esta finalidad se logra, además, castigando al particular que intenta corromper al funcionario.....La falta de una burocracia inteligente y eficiente lleva al desorden y a la corrupción del propio Estado.”*¹⁸¹

Es un delito de acción bilateral, es decir hay un cohecho pasivo porque hay un cohecho activo –art. 258-, hay un cohechado –el funcionario público-, porque hay un cohechante –el particular-, aquí la codelincuencia es necesaria para la consumación de ambos tipos penales.

Las acciones son:

- 1) Recibir, o sea entrar en la tenencia material del dinero o el objeto que se entrega,
- 2) Aceptar, es admitir recibir en el futuro lo que se ofrece,
- 3) Solicitar, -agregado por la ley 25.188 en el art. 256 bis-, es la sugerencia de la entrega de dinero u otro objeto hecha por el funcionario o una persona que tenga acceso al funcionario, pero existía un proyecto para incorporarla a este artículo.

El pago efectuado por un particular por una conducta que ya haya cumplido el funcionario, no configura el delito de cohecho.¹⁸²

La cantidad de dinero que se recibe o el valor de la dádiva –objeto- es irrelevante a los efectos de la tipicidad.

181 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, op. cit., págs. 210/1.

182 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, op. cit., págs. 215.

6.1.29 El tráfico de influencia.¹⁸³

Este artículo 256 bis, fue incorporado por la ley 25.188, o Ley de Ética de la función pública y dispone: *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por si o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.*

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin, de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años”.

Respecto a las acciones de recibir y solicitar nos remitimos al ítem anterior donde fueron conceptualizadas.

El funcionario presionado no debe ser parte del acuerdo, no debe saber del dinero recibido por la otra persona, para hacer valer su influencia, influencia que debe estar basada en el predominio moral de uno sobre el otro, aprovechándose del temor que podría engendrar la negativa como ser sumariado, cesanteado, etc.

El segundo párrafo, agrava la conducta si estuviera dirigida a un Juez o miembro del Ministerio Público, es decir, Procurador de la Corte, Fiscales de Primera y Segunda Instancia, Defensores Generales de Primera y Segunda Instancia, Defensor Barrial o Asesor de Menores.

6.1.30 Admisión y ofrecimiento de dádivas o cohecho impropio.¹⁸⁴

Esta regulado por el art. 259 que dice: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.*

183 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 438.

184 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2011; p. 441.

El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año”.

Se busca tutelar la imparcialidad de los funcionarios públicos, aquí no hay un acuerdo, dice Soler, que se busca cuidar “*el interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el solo hecho de la aceptación de presentes ofrecidos en consideración a la calidad investida*”.¹⁸⁵

Se pena tanto al funcionario que la acepta como a la persona que la da u ofrece, si el funcionario no la acepta sólo será penado el que la ofreció.

6.1.31 Malversación de caudales públicos.

Según Donna, “*el bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario*”.¹⁸⁶

6.1.31.1 Malversación.¹⁸⁷

Esta prevista en el artículo 260, que dice: “*Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída*”.

El bien jurídico específicamente tutelado por este artículo es la regular inversión y aplicación de los fondos públicos; por ello la acción perseguida es darle una aplicación distinta a la que estaban afectados, dentro de la misma administración pública; se trata

185 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. V, op cit., p. 167.

186 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, op. cit., págs. 259.

187 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p.442.

“de una desviación de las partidas asignadas, sin que medie sustracción”¹⁸⁸, si la hubiera caería la conducta dentro del tipo penal del art. 261, que pena el peculado.

Requisitos:

- 1) Afectación de Caudales públicos concepto que comprende cualquier clase de bienes.
- 2) Administrados por el autor.
- 3) Darles arbitrariamente un destino distinto al que tenían previsto, por ley, reglamento u orden de autoridad competente.

Entendemos que no habría malversación cuando se de una causa de justificación como el estado de necesidad, si el funcionario destina fondos que eran para pintar oficinas a paliar los efectos de una inundación.

La segunda parte del art. 260 se ha llamado Malversación agravada, se da cuando se dé un efecto perjudicial para el servicio público, puede ser un daño económico o la propia prestación del servicio.

6.1.31.2 Peculado.¹⁸⁹

Esta reprimido por el artículo 261, primer párrafo, que dice: “*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.....*”

Acción típica: Sustraer, significa apartar, extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa, de la actividad patrimonial de la administración pública, en que ellos han sido colocados por ley, no siendo necesario que el agente quiera hacer penetrar el bien en su esfera de tenencia o en la de un tercero.

Percibir, es recibir bienes para administración, para ingresarlos a su patrimonio.

188 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 262.

189 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 443.

Custodia, es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que importa su tenencia, y realizada como función administrativa, no es la mera actividad administrativa de vigilancia.¹⁹⁰

6.1.31.3 Peculado de trabajos y servicios.¹⁹¹

Está reprimido por el artículo 261, segundo párrafo, que dice: *“...Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública”*.

El funcionario público desafecta los trabajos y servicios de los destinos a que estaban determinados y los emplea en provecho propio o de un tercero.

Tanto trabajo como servicio comprenden las prestaciones físicas e intelectuales, pero trabajo sería el que prestan los empleados contratados por un tiempo, y servicio el que prestan los empleados permanentes de la administración.

Si se desvía el trabajo o el servicio dentro de la administración pública, no se configura este delito.

6.1.31.4 Malversación culposa.

Esta prevista en el art. 262, que dice: *“Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior”*.

Se vuelve a penar con esta figura la desatención que pone el funcionario en sus tareas, ya que se persigue al que violó el deber de cuidado que le era exigido y esa violación dio pie para que otra persona sustrajera los caudales o efectos.

Por ejemplo de un depósito de una Comisaría, o auto-partes de un vehículo secuestrado.

190 CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, *op.cit.*, p. 296.

191 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 443.

6.1.31.5 Negativa a entregar bienes.

Esta prevista en el art. 264 segundo párrafo, *“En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración”*.

Es una desobediencia específica, que no pierde el carácter de malversación ya que entorpece el normal desempeño de la administración pública.

Rehúsa el que se niega explícita o implícitamente a entregar; situación que se presenta a menudo, cuando en una dependencia policial, cuando se niegan a devolver en el momento dispuesto judicialmente efectos a las víctimas y/o imputados y los hacen ir otro día o en otro horario.

6.1.32 Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.¹⁹²

Están previstas en el art. 265, *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo...”*.

Con esta figura se busca proteger los deberes de probidad, fidelidad e imparcialidad que deben ostentar los funcionarios públicos, en el ejercicio de su cargo.

La conducta rectora es la de interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Ello significa que el interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa.¹⁹³

El interés obviamente debe ser económico y el contrato debe pertenecer a la competencia funcional del autor.

192 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 445.

193 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo III, *op. cit.*, págs. 317.

6.1.33 Exacciones ilegales.¹⁹⁴

Están previstas en el art. 266, *“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario publico que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden”*.

La exacción es una exigencia indebida y arbitraria, en la que el agente abusa del cargo que desempeña.

Exigir es reclamar, demandar imperiosamente, obrando despóticamente. Aquí el funcionario cobra una contribución no prevista o superior a la prevista, pero para la Administración pública; en cambio si lo que pide es una dadiva, lo será desde el inicio para su propio patrimonio.

6.1.33.1 Exacción agravada por los medios.

Esta prevista en el artículo 267, *“Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años”*.

La exigencia del artículo anterior ahora se acompaña de una intimidación específica, que induce a engaño a la víctima que entiende esta acatando una orden del superior del funcionario que se hace presente.

6.1.33.2 Exacción agravada por el destino del tributo. Concusión.

Es contemplada por el artículo 268; *“Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores”*.

Cuando el funcionario público exige para sí, usando la *vis compulsiva*, estamos frente al delito de extorsión; es decir no exige para la administración y luego convierte en su provecho.

La extorsión es la figura que se aplica al funcionario policial que exige la entrega de dinero o bienes a los ciudadanos que “supuestamente” están bajo su protección, lo

194 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 446.

exija para sí o para otro funcionario, por ejemplo el Comisario o el Jefe de la Sección, vale la pena recordar que la extorsión no es una figura excarcelable y que su escala penal va de cinco a diez años de prisión o reclusión.

En esta figura reiteramos el funcionario pide para la administración, engañando a la víctima, y luego que obtiene lo pedido lo convierte en su propio beneficio, es decir lo ingresa a su patrimonio o al de un tercero.

6.1.34 Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

A partir del dictado de la ley 25.188, de Ética en el Ejercicio de la función pública, y además están previstos por la Constitución Nacional en el art. 36 quinto párrafo el delito de corrupción y enriquecimiento ilícito y por la Convención Interamericana contra la Corrupción.

6.1.34.1 Enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público.

Esta previsto en el artículo 268 (2), *“Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, **no justicare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo**, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo publico y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.*

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban,

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”. La negrita nos pertenece.

El funcionario público ante un requerimiento administrativo y/o judicial debe justificar sus incrementos patrimoniales; por ello se ha impuesto la declaración jurada de bienes y la misma se cotejara con el incremento patrimonial, que más de una vez luce desmedido al ser comparado con el sueldo que percibe el funcionario.

6.1.34.2 Omisión maliciosa de presentar declaración jurada patrimonial y falsedad u omisión de los datos en ella insertados.¹⁹⁵

Esta prevista en el artículo 268 (3), *“Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.*

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables”.

Este tipo penal está correctamente redactado, siendo el bien jurídico tutelado la transparencia en el ejercicio de la función pública, *“la instauración del régimen de declaraciones juradas patrimoniales integrales, tanto al ingreso como al egreso de la función pública, se presenta como un sano intento por obstaculizar el enriquecimiento durante el ejercicio del cargo.”*¹⁹⁶

Acciones típicas:

- 1) Omisión maliciosa de presentar la declaración jurada patrimonial.
- 2) Falsedad u omisión maliciosa en la inserción de los datos de la declaración jurada patrimonial.

Los plazos para la presentación de la declaración jurada y quienes deben hacerlo, están regulados por la Ley de Ética en el Ejercicio de la función pública, nº 25.188.

Al dolo requerido en el tipo se le suma un plus, la malicia, que es el no dar a conocer o expresarse equivocadamente, para inducir a error sobre su situación patrimonial.

¹⁹⁵ PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 449.

¹⁹⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, op. cit., págs. 409.

6.1.35 Incumplimiento de la obligación de promover la represión.¹⁹⁷

Esta previsto en el artículo 274, *“El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”*.

Estamos frente a una conducta omisiva, por la cual el funcionario público y dentro de éste el funcionario policial –que es quien nos ocupa-, deja de perseguir y reprimir a personas consideradas autoras de un delito, sin justa causa.

La frase final prueba del inconveniente insuperable, debe entenderse como la existencia de una causal de justificación.

6.1.36 Encubrimiento. Favorecimiento personal a través de la omisión de denuncia.

Artículo 277 Inciso 1º, apartado d), *“No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”*.

Este texto, plantea un problema, ya que la conducta aparecería también atrapada por el art. 274, que vimos antes.

Sólo podrán ser sujetos activos el Fiscal, los Magistrados que deban actuar de oficio y las fuerzas de seguridad –Gendarmería, Prefectura, Policía Federal y Policías Provinciales-.

6.1.37 Encubrimiento agravado del funcionario público, en casos relacionados a la ganadería.¹⁹⁸

La ley 25.890¹⁹⁹, ha incorporado los artículos 277 bis y ter, dentro de la reforma introducida para tratar de proteger la actividad ganadera.

Persigue el art. 277 bis al **funcionario público**, que luego de cometido el delito de abigeato y sin haber participado en el mismo:

1. Violando sus deberes

197 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 450.

198 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Práctico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 457.

199 Publicada en el Boletín Oficial del 21 de Mayo del 2004.

2. o Abusando de sus funciones
3. Intervenga –participe-
4. ó facilite
5. el transporte, faena, comercialización o mantenimiento
6. de ganado, sus despojos o productos
7. conociendo el origen ilícito –requiere dolo directo-.

El art. 277 ter, persigue a las personas que se dediquen a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal. Se busca perseguir la venta de la faena clandestina de los animales sustraídos, con lo cual se incluye en la agravante del art. 167 quater inciso 4º, a los carniceros que intervengan en el hecho como partícipes, aplicándose este artículo si cualquiera de los antes mencionados actuare culposamente –imprudencia o negligencia-, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado. Sería una suerte de receptación sospechosa de ganado.

6.1.37.1 Penas agravadas por el monto, la multa y la inhabilitación en el Encubrimiento y el encubrimiento en casos relacionados con la ganadería.

El artículo 279 busca aplicar dentro del Encubrimiento, **las penas más graves posibles y en forma conjunta la multa e inhabilitación, cuando no estuvieren previstas. El inciso tercero prevee una inhabilitación especial para los funcionarios públicos que participen**

ARTICULO 279 ²⁰⁰.- *“1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.*

2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.

3) Cuando el autor de los hechos descritos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u

200 Artículo sustituido por art. 3º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011,

ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión”.

6.1.38 Favorecimiento de evasión.²⁰¹

Esta prevista en el artículo 281, *“Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.*

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de mil a quince mil pesos”.

En el primer párrafo esta contemplado el favorecimiento doloso de la evasión, la acción típica es favorecer, es facilitar, ayudar, eliminar obstáculos, para lograr la evasión, puede ser por comisión –un hacer- u omisión –un no hacer-, y su incidencia puede ser tanto principal como accesoria. Puede consistir en facilitar los medios, como en participar en la misma una vez iniciada, favoreciéndola.

Si el autor fuere funcionario público se agrava la pena.

En el segundo párrafo se contempla el favorecimiento culposo de la evasión, donde el autor necesariamente debe ser funcionario público, debe haber una relación de medio a fin entre la violación al deber de cuidado cometida por el funcionario y la evasión.

6.1.39 Omisión culposa de diligencias respecto a guías y certificados de compra de ganado.

La ley 25.890²⁰², ha incorporado el art. 293 bis, que sanciona al funcionario público, que en forma culposa –por imprudencia o negligencia-, omitiere adoptar las

201 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Manual Teórico Practico Policial*, 3ª Edición, Editorial Zeus. Rosario 2010; p. 461.

202 Publicada en el Boletín Oficial del 21 de Mayo del 2004.

medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado, interviniendo en la expedición de guías de tránsito, o en el visado o legalización de certificados de adquisición o cualquier documento que acredite la propiedad del semoviente.

Dice el texto legal, *“Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima”.*

6.1.40 Lavado de activos provenientes de un delito.

En la búsqueda de combatir lo que se conoce como *lavado de dinero*, que ponen en marchas las organizaciones criminales modernas, por ejemplo, los traficantes de drogas, los traficantes de personas, los tratantes de blancas, los reducidos de vehículos, etc.; se ha incorporado esta reforma al Código Penal, de la cual resaltamos el art. 303.

ARTICULO 303.²⁰³ - ... *“1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.*

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que

203 Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011

hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) *El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.*

4) *Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.*

5) *Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión”.*

6.2 Disposiciones del nuevo CPPSF en materia disciplinaria.

En el nuevo ordenamiento procesal tanto los Fiscales como los Jueces tienen poder disciplinario, no sólo sobre la Policía Judicial; sino sobre cualquier policía que violare disposiciones legales o reglamentarias, omitiera o retardara la ejecución de un acto propio de sus funciones, o lo cumpliera negligentemente.

Esto surge a raíz del deber de subordinación que les impone el artículo 270 del Código de forma.

ARTÍCULO 270.- Subordinación.- *“Los funcionarios policiales a cargo de la Investigación Penal Preparatoria estarán bajo la autoridad del Ministerio Público Fiscal, en lo que se refiere a dicha función.*

Deberán también cumplir las órdenes que para la tramitación del procedimiento les dirijan los Jueces, en el ámbito de su competencia”.

ARTÍCULO 271.- Poder disciplinario.- *“Cuando los funcionarios policiales violaran disposiciones legales o reglamentarias, omitieran o retardaran la ejecución de un acto propio de sus funciones, o lo cumplieran negligentemente, el Ministerio Público Fiscal solicitará al Ministerio de Gobierno, imponga la sanción disciplinaria que corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal de aquellos.*

Los Tribunales tendrán las mismas atribuciones cuando los funcionarios policiales actúen por su orden o bajo su supervisión”.

El Fiscal solicitará al Ministerio de Gobierno la imposición de la sanción pertinente, mientras que el Juez impondrá multa o arresto, al funcionario policial que en el trámite de un Habeas Corpus, actúe con dilaciones o entorpezca el trámite del mismo.

ARTÍCULO 378.- Sanciones y costas.- *“El Juez podrá imponer hasta treinta días multa o arresto hasta diez días al funcionario responsable de dilaciones o entorpecimiento en el trámite o al culpable del acto lesivo, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda. Las costas podrán imponerse al funcionario responsable de dicho acto y en caso de ser rechazado el hábeas corpus, serán a cargo del peticionario”.*

6.3 Responsabilidades procesales del funcionario policial.

Transcribiremos los artículos relacionados a las obligaciones procesales de los policías; para su explicación nos remitimos a las partes pertinentes de este Curso de actualización y en cuanto a las penales a los delitos antes explicados.

ARTÍCULO 260.- Formalidades para actos irreproducibles o definitivos.-

“Deberán constar en actas debidamente formalizadas, con expresa mención de la fecha, hora, intervinientes, firmas de los funcionarios actuantes y mención de cualquier otro dato útil a la eficiencia y acreditación de la autenticidad del documento, los operativos dirigidos a la búsqueda e incorporación de pruebas, inspecciones, constataciones, registros, requisas, secuestros, aprehensiones, detenciones, reconocimientos y toda otra diligencia que se considerara irreproducible o definitiva.

Las restantes diligencias de la investigación no guardarán otras formalidades que las exigidas por la reglamentación y por las instrucciones generales y especiales expedidas por el Ministerio Público Fiscal, salvo las que tuvieran una formalidad expresamente prevista en este Código”.

Su incumplimiento acarreará sanciones administrativas, nulidades procesales y responsabilidad civil y penal sobre los funcionarios policiales.

ARTÍCULO 268.- Deberes y atribuciones.- *“La Policía tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*

- 1) Recibir denuncias;*
- 2) Requerir la inmediata intervención del Organismo de investigaciones o, en defecto de la actuación operante del mismo, practicar sin demora las diligencias*

necesarias para hacer constar las huellas o rastros del delito, cuando hubiera peligro de que desaparezcan o se borren por retardo de estas diligencias;

3) Realizar los actos que le encomendara el Fiscal;

*4) Aprender, detener e incomunicar a las personas, en los casos que este Código autoriza, informándolo de inmediato al Fiscal. En todos los casos deberá poner a las mismas a disposición del Juez competente dentro de las **veinticuatro horas** de efectuada la medida;*

5) Recoger las pruebas y demás antecedentes que pudiera adquirir en el lugar de la ejecución del hecho punible y practicar las diligencias urgentes que se consideraran necesarias para establecer su existencia y determinar los responsables, debiéndose recopilar por separado, en lo posible y de acuerdo a los distintos hechos que se investiguen, las respectivas actuaciones;

6) Poner en conocimiento del Fiscal las informaciones y diligencias practicadas, requiriendo su autorización para realizar aquellas medidas probatorias que por su naturaleza sean definitivas e irreproducibles, y que deberán colectarse con control de la defensa, si el imputado estuviera individualizado. Si fuera imposible cumplir con estas exigencias ante el inminente peligro de frustración de la medida, la misma, excepcionalmente se realizará con intervención del Juez Comunal o certificándose su fidelidad con dos testigos mayores de dieciocho años, hábiles y que no pertenezcan a la repartición, fotografías u otros elementos corroborantes. Si por las especiales circunstancias del caso no fuera posible la presencia de dos testigos, la diligencia tendrá valor con la intervención de uno solo y si ello fuera absolutamente imposible, de cuyas causales deberá dejarse constancia, con dos funcionarios actuantes;

7) Disponer que antes de practicarse las averiguaciones y exámenes a que debe procederse, no hubiera alteración alguna en todo lo relativo al hecho y estado del lugar en que fue cometido;

8) Proceder a todos los exámenes, indagaciones y pesquisas que juzgara indispensables recabando los informes y noticias que pudieran servir de utilidad al Fiscal o a la defensa, documentando las declaraciones sólo cuando se estime necesario;

9) Secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro elemento que pudiera servir para el objeto de la investigación en caso de urgencia o peligro en la demora. Sin embargo no podrá imponerse de la correspondencia, papeles privados, material

informático y grabaciones que secuestrara, sino que los remitirá intactos al Fiscal competente para que éste requiera autorización al Tribunal;

10) Impedir, si lo juzgara conveniente, que ninguna persona se aparte del lugar del hecho o sus adyacencias, antes de concluir las diligencias más urgentes de investigación;

11) Identificar al imputado;

12) Informar al imputado inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, que cuenta con los siguientes derechos:

a) Nombrar abogado para que lo asista y represente;

b) Conferenciar en forma privada y libre con su defensor, antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia;

c) Abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra, o solicitar ser escuchado por el Fiscal;

d) Solicitar del Fiscal la intimación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica penal que provisionalmente merezcan y la prueba que existe en su contra;

e) Solicitar se practique la prueba que estimara de utilidad.

La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega.

Rige lo dispuesto por el artículo 110.

13) Cumplimentar lo necesario para que el imputado sea revisado por el médico, bioquímico o psicólogo, en los casos en que así correspondiera.

14) Cumplimentar con la información a enviar al Registro Único de Antecedentes Penales”.

El artículo 268, debe valorarse, teniendo en cuenta lo normado por el art. 252, que faculta al funcionario policial a iniciar la IPP -Investigación Penal Preparatoria-, bajo la dirección del Fiscal.

ARTÍCULO 269.- Requerimiento de auxilio médico.- “Los funcionarios a quienes correspondieran las diligencias iniciales de investigación podrán ordenar que los acompañe el primer médico que fuera habido, para prestar los auxilios de su profesión. **El requerimiento será formulado bajo el apercibimiento de sancionarse al renuente hasta con quince días multa, sanción que aplicará el Tribunal a solicitud del Fiscal,**

sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se incurriera”. La negrita nos pertenece.

6.4 Actos de la Policía. Deberes y atribuciones policiales. El art. 268 del Código Procesal Penal de Santa Fe (Ley N° 12.734)²⁰⁴.

El art. 268 como los demás artículos que se encuentran en el Capítulo III – Actos de la Policía, del Título I – Procedimiento, del Libro III – Investigación Penal Preparatoria, gobiernan toda la actuación policial, por ello su gran importancia²⁰⁵.

Regulan la actuación de la Policía, que es el órgano auxiliar del Instructor, que puede estar estructurado como organismo judicial o insertado dentro de la policía de seguridad, actuando bajo el control y subordinado del Fiscal –se recuerda que la función de investigación del juez desaparece con el nuevo CPP-, del cual recibe órdenes, instrucciones o encargos relacionados con la investigación, y que en cualquier momento puede hacer cesar la actividad de la policía judicial para asumir personalmente la investigación (avocamiento)²⁰⁶. Esta subordinación surge del **art. 270 CPP**, según Ley N° 12.734, que dispone “*Subordinación.- Los funcionarios policiales a cargo de la Investigación Penal Preparatoria estarán bajo la autoridad del Ministerio Público Fiscal, en lo que se refiere a dicha función.*”

Deberán también cumplir las órdenes que para la tramitación del procedimiento les dirijan los Jueces, en el ámbito de su competencia”.

A continuación se encuentra el **artículo 268 del CPP** según Ley N° 12.734, con una breve explicación de sus incisos, a saber: “*Deberes y atribuciones.- La Policía tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*

1) recibir denuncias;

La policía puede recibir denuncias de delitos perseguibles de oficio (art. 71 del Código Penal y 16 del CPP, según Ley 12.734) por cualquier persona, mientras que si

204 Sobre el tema ver: PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3° edición, Zeus, Rosario, 2011; y, BACLINI, Jorge C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Ley N° 12.734*, Tomo 3 – arts. 251 a 459, Juris, Rosario, 2011.

205 Según el Código Procesal Penal de Transición (texto según Decreto N° 125/09, texto vigente de las Leyes 6.740 Y 12.734 según lo dispuesto por la Ley N° 12.912, se disponía tales deberes y facultades en el art. 190.

206 CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs.60/1.

fueren delitos dependientes de instancia privada (art. 72 del Código Penal y 17 CPP, según Ley 12.734), sólo del titular del poder de instar (**art. 262 del CPP**, según Ley 12.734).

La comisaría es el lugar más utilizado para hacer denunciar. Una vez recibida la denuncia, la policía podrá iniciar la investigación por decisión propia, dando inmediata comunicación al fiscal competente, a fin de que éste pueda controlar la misma e impartir órdenes (**art. 254 CPP**, según Ley 12.734).

En caso de que el denunciante sea la víctima se le deberán informar y garantizar sus derechos (**art. 80 CPP**, según Ley 12.734) como así todo lo concerniente a su asistencia genérica (**art. 81 CPP**, según Ley 12.734) y técnica (**art. 82 CPP**, según Ley 12.734).

2) requerir la inmediata intervención del Organismo de investigaciones o, en defecto de la actuación operante del mismo, practicar sin demora las diligencias necesarias para hacer constar las huellas o rastros del delito, cuando hubiera peligro de que desaparezcan o se borren por retardo de estas diligencias;

El inciso se relaciona con la preservación de la llamada escena del crimen y la forma de proceder en los primeros momentos con el objeto de que no se pierdan o alteren las pruebas, datos o circunstancias de relevancia.

Es conveniente que siempre se le otorgue la inmediata intervención al Organismo de investigación, ante la demora de éste organismo especializado solamente cuando hubiere peligro de que desaparezcan por el retardo rastros o huellas deberá el personal policial practicar las diligencias necesarias, es decir, que la actuación de la policía en la escena del crimen es excepcional.

3) realizar los actos que le encomendara el Fiscal;

La policía en función judicial está bajo la autoridad y dependencia del fiscal (**art. 252 CPP**, según Ley 12.734), es decir, los policía no pueden, por sí mismos, decidir cuáles actos deben llevarse a cabo y cuándo deben producirse, tal decisión, se insiste, corresponde al Fiscal competente.

4) aprehender, detener e incomunicar a las personas, en los casos que este Código autoriza, informándolo de inmediato al Fiscal. En todos los casos deberá poner a las mismas a disposición del Juez competente dentro de las veinticuatro horas de efectuada la medida;

La policía debe aprehender a quien sorprenda en flagrancia de un delito de acción pública (**art. 213 CPP**, según Ley 12.734) lo que comprende tanto a los que se inician de oficio (art. 71 del Código Penal) como a los dependientes de instancia privada (art. 72 del Código Penal), en éste último caso será informado de inmediato el titular del poder de instar, si éste no presentase denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad²⁰⁷.

La aprehensión es un deber del personal policial. La policía debe incomunicar al imputado que ha aprehendido, debiendo informar al fiscal quien decidirá si la misma continúa o no (**art. 215 CPP**, según Ley 12.734).

5) recoger las pruebas y demás antecedentes que pudiera adquirir en el lugar de la ejecución del hecho punible y practicar las diligencias urgentes que se consideraran necesarias para establecer su existencia y determinar los responsables, debiéndose recopilar por separado, en lo posible y de acuerdo a los distintos hechos que se investiguen, las respectivas actuaciones;

Comprende tanto el llamado cuerpo del delito como los instrumentos utilizados para su perpetración (armas, balas, etc.).

Se deben practicar actuaciones por separado, en lo posible, cuando sean distintos los hechos que se investiguen.

Aquí se nota una mala praxis, que consiste en acumular actuaciones por distintos injustos, transformándose en investigaciones confusas, e incompletas, por ejemplo se produce un robo, luego una persecución y una resistencia al arresto, sin embargo sólo se incluye –y no siempre- la inspección ocular y el croquis demostrativo solamente del robo, obviándose efectuar un detallado croquis de los lugares por donde transito la persecución **que sirve para saber si el delito quedó en tentativa o se consumó** entre otras cosas y tampoco se agrega la inspección y el croquis del lugar de detención y de resistencia al arresto²⁰⁸.

6) poner en conocimiento del Fiscal las informaciones y diligencias practicadas, requiriendo su autorización para realizar aquellas medidas probatorias que por su naturaleza sean definitivas e irreproducibles, y que deberán colectarse con control de la

207 BACLINI, *op. cit.*, Tomo 3 – arts. 251 a 459, p. 51.

208 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3ª edición, Zeus, Rosario, 2011, p. 598.

defensa, si el imputado estuviera individualizado. Si fuera imposible cumplir con estas exigencias ante el inminente peligro de frustración de la medida, la misma, excepcionalmente se realizará con intervención del Juez Comunal o certificándose su fidelidad con dos testigos mayores de dieciocho años, hábiles y que no pertenezcan a la repartición, fotografías u otros elementos corroborantes. Si por las especiales circunstancias del caso no fuera posible la presencia de dos testigos, la diligencia tendrá valor con la intervención de uno solo y si ello fuera absolutamente imposible, de cuyas causales deberá dejarse constancia, con dos funcionarios actuantes;

7) disponer que antes de practicarse las averiguaciones y exámenes a que debe procederse, no hubiera alteración alguna en todo lo relativo al hecho y estado del lugar en que fue cometido;

En la práctica no se cumple, entendemos que la mayoría de las veces por un equivocado exceso de celo por parte de los primeros policías que llegan al lugar del hecho y que en su afán por intentar esclarecer el injusto, alteran la escena; por ejemplo abriendo cajones, en la habitación de una persona que yace muerta, buscando una nota de suicidio o remedios o drogas que expliquen lo sucedido, pero que hace que la persona que llegue luego piense en que hubo un robo, -por el desorden y los cajones abiertos-, mientras estamos por ejemplo frente a un suicidio²⁰⁹.

Como venimos sosteniendo, “el relevamiento del lugar del hecho constituye una operación compleja, que incluye distintos medios de prueba y cautela de la misma, entre ellos, la inspección ocular, el acopio de los rastros, de las huellas, el secuestro de los efectos relacionados con el delito, los informes técnicos que de ellos se derivarán, y el arresto de las personas que se encuentren en el lugar del hecho, hasta tanto se aclare su relación con el mismo, se los identifique, se constate su domicilio y se les reciba declaración si correspondiere. Además el **relevamiento del lugar del hecho**, constituye lo que se llama una **prueba irreproducible**²¹⁰.

8) proceder a todos los exámenes, indagaciones y pesquisas que juzgara indispensables recabando los informes y noticias que pudieran servir de utilidad al Fiscal o a la defensa, documentando las declaraciones sólo cuando se estime necesario;

209 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3ª edición, Zeus, Rosario, 2011, ps. 598/599.

210 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3ª edición, Zeus, Rosario, 2011, p. 599.

Aquí debe tenerse presente siempre la cautela de la prueba, debiendo hacerse con la posibilidad de guardar material para la pertinente contraprueba y no realizar sobre el material pericia alguna, si el mismo puede destruirse, debiendo consultarse al Magistrado interviniente²¹¹.

9) *secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro elemento que pudiera servir para el objeto de la investigación en caso de urgencia o peligro en la demora. Sin embargo no podrá imponerse de la correspondencia, papeles privados, material informático y grabaciones que secuestrara, sino que los remitirá intactos al Fiscal competente para que éste requiera autorización al Tribunal;*

La policía tiene el deber de secuestrar los instrumentos del delito (armas, papeles, etc.) todo otro elemento que pudiera ser útil para la investigación (por ejemplo, ropa con sangre) en caso de urgencia o peligro en la demora.

10) *impedir, si lo juzgara conveniente, que ninguna persona se aparte del lugar del hecho o sus adyacencias, antes de concluir las diligencias más urgentes de investigación;*

Incluso, de acuerdo al **art. 211 CPP**, según Ley N° 12.734, la policía puede arrestar por un lapso no mayor de veinticuatro horas, lo cual es factible en los primeros momentos de la Investigación Penal Preparatoria no fuere posible individualizar a los presuntos responsables y a los testigos, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, ni se comuniquen entre sí antes de declarar, debiendo informar inmediatamente al fiscal.

11) *identificar al imputado;*

Aquí deben considerarse y seguir lo establecido en los **artículos 102 y 103 del CPP**, según Ley N° 12.734, los cuales disponen:

“Artículo 102.- Identificación.- La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales y señas particulares, los que deberá brindar. Si se negara a suministrar esos datos o los diera falsamente, se procederá a la identificación por testigos en la forma prescripta para los reconocimientos o por otros medios que se estimaran convenientes.

211 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3º edición, Zeus, Rosario, 2011, p. 600. Quien desee ampliar sobre el tema puede consultar de PUNOTTO LABORDE, Adolfo, **Pericias. Informes. Aspectos Legales**, publicado, en Editorial Zeus, Tomo 86, D-153.

La individualización dactiloscópica, fotográfica o por cualquier otro medio que no afectara la dignidad ni la salud del identificado se practicará, aun contra su voluntad, mediante la oficina técnica respectiva”.

“Artículo 103.- Identidad física.- Cuando fuera cierta la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos, no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución de la sentencia”.

12) *informar al imputado inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, que cuenta con los siguientes derechos:*

- a) nombrar abogado para que lo asista y represente;*
- b) conferenciar en forma privada y libre con su defensor, antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia;*
- c) abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra, o solicitar ser escuchado por el Fiscal;*
- d) solicitar del Fiscal la intimación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica penal que provisionalmente merezcan y la prueba que existe en su contra;*
- e) solicitar se practique la prueba que estimara de utilidad.*

La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega.

Rige lo dispuesto por el artículo 110.

Este inciso explicita los derechos que asisten al imputado o sospechado de haber cometido un injusto, inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, lo que le permite a la persona que comprenda la gravedad de la situación en la que se encuentra y los derechos que le asisten, debió haberse explicitado el derecho a comunicarse telefónicamente para poner en conocimiento su situación y solicitar la asistencia técnica pertinente, en concordancia con lo normado por el art. 10 bis incorporado a la ley 7395, por la ley 11.516.

También deberán informarse los derechos de todo imputado establecidos en el **art. 101 CPP**, según Ley N° 12.734, que dispone *“Derechos del imputado.- Los derechos que este Código le acuerda, serán comunicados al imputado apenas nace su condición de tal. En la oportunidad que este Código establece, el imputado deberá conocer:*

1) la existencia de una causa seguida en su contra con los datos necesarios para individualizarla;

2) el o los hechos que se le atribuyen y la calificación legal que provisionalmente corresponda;

3) los derechos referidos a su defensa técnica;

4) que podrá solicitar audiencia a fin de prestar declaración cuando lo estime conveniente, presumiéndose mientras tanto que ejerce el derecho de abstenerse a declarar sin que ello signifique ninguna presunción en su contra”.

Algo importantísimo, es que la incomunicación no constituye un obstáculo para el contacto con el defensor (arts. 114 *in fine* y 216 CPP, según Ley N° 12.734).

En la parte final del presente inciso se prescribe que la información le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega. El momento a partir del cual se adquiere la calidad de imputado viene dada por el **art. 100 CPP**, según Ley N° 12.734.

13) *cumplimentar lo necesario para que el imputado sea revisado por el médico, bioquímico o psicólogo, en los casos en que así correspondiera.*

El inciso hace a lo dispuesto por el **art. 108 CPP**, según ley N° 12.734, que dice: “Examen médico inmediato.- Si el imputado fuera aprehendido con breve intervalo de cometido el hecho, se procederá a su inmediato examen psicológico, médico o bioquímico para apreciar su estado psíquico o si sufre intoxicación por ingestión alcohólica o uso de sustancias toxicomanígenas o alucinógenas, salvo que no se justifique dicho examen. Regirán al respecto los límites establecidos por el artículo 163”.

En los exámenes rigen los límites establecidos en **artículo 163 CPP**, que es que deben realizarse de tal modo que no se afecte la dignidad o la salud de la persona.

14) *cumplimentar con la información a enviar al Registro Único de Antecedentes Penales”.*

El **artículo 255 CPP**, según ley n° 12.734, dispone el contenido que debe tener tal comunicación, a saber: “Comunicación inmediata.- En todos los casos en que se iniciara una Investigación Penal Preparatoria y se hubiera individualizado fehacientemente al imputado, deberán comunicarse al Registro Único de Antecedentes Penales de la provincia las siguientes circunstancias:

1) nombre, apellido y demás elementos identificatorios del imputado;

2) si se encuentra detenido el imputado y en su caso, fecha, hora de detención y Juez a disposición de quien se encuentra;

3) nombre, apellido y demás elementos identificatorios del denunciante, de la víctima y del damnificado, si los hubiera;

4) fecha del hecho atribuido y de la iniciación de la investigación, así como la calificación provisional del mismo;

5) repartición policial, Fiscalía interviniente y defensor designado si lo hubiera”.

En realidad la comunicación la debe realizar el Fiscal porque es quien decida la iniciación de la investigación (**art. 254 CPP**, según ley nº 12.734), pudiendo hacerlo la policía en su carácter de colaborador pero no por decisión propia²¹².

A continuación se encuentra un cuadro comparativo entre el actual art. 268 CPP (Ley Nº 12.734) y el anterior artículo 190 (Código Procesal Penal de Transición), en ellos se tratan los deberes y las atribuciones policiales, sin perjuicio de la normativa concordante que pudiera existir.

DEBERES Y ATRIBUCIONES POLICIALES

Art. 190 CPP de Transición	Art. 268 CPP según Ley Nº 12,734
1) Iniciar la investigación de los delitos perseguibles de oficio.	1) recibir denuncias;
2) Recibir las denuncias que se les hicieren.	2) requerir la inmediata intervención del Organismo de investigaciones o, en defecto de la actuación operante del mismo, practicar sin demora las diligencias necesarias para hacer constar las huellas o rastros del delito, cuando hubiera peligro de que desaparezcan o se borren por retardo de estas diligencias;

212 BACLINI, *op. cit.*, Tomo 3 – arts. 251 a 459, p. 56

3) Practicar, sin demora, las diligencias necesarias para hacer constar las huellas o rastros del delito, cuando haya peligro de que desaparezcan o se borren por retardo de estas diligencias. Si el retardo no ofreciere peligro, se limitarán a tomar las medidas necesarias a fin de que las huellas del hecho no desaparezcan y que el estado del lugar en que se cometió el delito no sea modificado. Acaecido un hecho delictuoso, se procurará, salvo impedimento justificado, la documentación fotográfica inmediata del lugar, huellas y rastros del suceso, en especial en los casos de homicidios o lesiones en accidentes de tránsito o cuando la gravedad del hecho lo aconseje.	3) realizar los actos que le encomendara el Fiscal;
4) Proceder a la detención de las personas en los casos dispuestos en el Artículo 303, poniéndolas a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro (24) horas.	4) aprehender, detener e incomunicar a las personas, en los casos que este Código autoriza, informándolo de inmediato al Fiscal. En todos los casos deberá poner a las mismas a disposición del Juez competente dentro de las veinticuatro horas de efectuada la medida;
5) Recoger las pruebas y demás antecedentes que puedan adquirir en el lugar de la ejecución del hecho y practicar las diligencias urgentes que se consideren necesarias para establecer su existencia y determinar los responsables, debiendo recopilar por separado, en lo posible y de acuerdo a los distintos hechos que se investiguen, las actuaciones preventivas.	5) recoger las pruebas y demás antecedentes que pudiera adquirir en el lugar de la ejecución del hecho punible y practicar las diligencias urgentes que se consideraran necesarias para establecer su existencia y determinar los responsables, debiéndose recopilar por separado, en lo posible y de acuerdo a los distintos hechos que se investiguen, las respectivas actuaciones;

6) Poner en conocimiento del juez, dentro de las veinticuatro (24) horas, las informaciones y diligencias practicadas.	6) poner en conocimiento del Fiscal las informaciones y diligencias practicadas, requiriendo su autorización para realizar aquellas medidas probatorias que por su naturaleza sean definitivas e irreproducibles, y que deberán colectarse con control de la defensa, si el imputado estuviera individualizado. Si fuera imposible cumplir con estas exigencias ante el inminente peligro de frustración de la medida, la misma, excepcionalmente se realizará con intervención del Juez Comunal o certificándose su fidelidad con dos testigos mayores de dieciocho años, hábiles y que no pertenezcan a la repartición, fotografías u otros elementos corroborantes. Si por las especiales circunstancias del caso no fuera posible la presencia de dos testigos, la diligencia tendrá valor con la intervención de uno solo y si ello fuera absolutamente imposible, de cuyas causales deberá dejarse constancia, con dos funcionarios actuantes;
7) Disponer que antes de practicarse las investigaciones y exámenes a que debe procederse, no haya alteración alguna en todo lo relativo al hecho y estado del lugar en que fue cometido. Será considerada falta grave a los fines de las sanciones establecidas en el Artículo 196, el incumplimiento de esta disposición.	7) disponer que antes de practicarse las averiguaciones y exámenes a que debe procederse, no hubiera alteración alguna en todo lo relativo al hecho y estado del lugar en que fue cometido;

8) Proceder a todos los exámenes, indagaciones y pesquisas que juzgare necesarias, recibiendo las declaraciones, los informes, noticias y esclarecimientos que puedan servir al descubrimiento de la verdad.	8) proceder a todos los exámenes, indagaciones y pesquisas que juzgara indispensables recabando los informes y noticias que pudieran servir de utilidad al Fiscal o a la defensa, documentando las declaraciones sólo cuando se estime necesario;
9) Secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro elemento que pueda servir para el objeto de la investigación; pero no podrán abrir la correspondencia que secuestren, sino que la remitirán intacta a la autoridad judicial competente. Sin embargo, en los casos urgentes y expresando suficiente motivación podrán ocurrir al juez letrado más inmediato, quien podrá autorizar la apertura si lo creyere conveniente.	9) secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro elemento que pudiera servir para el objeto de la investigación en caso de urgencia o peligro en la demora. Sin embargo no podrá imponerse de la correspondencia, papeles privados, material informático y grabaciones que secuestrara, sino que los remitirá intactos al Fiscal competente para que éste requiera autorización al Tribunal;
10) Incomunicar al detenido, si la investigación lo exigiere, por un plazo que no exceda de cuarenta y ocho (48) horas, medida que cesará automáticamente al expirar dicho término, salvo prórroga por auto motivado del juez. A tal efecto, se comunicará al juez el momento en que se produce el vencimiento de dicho plazo y éste resolverá lo que corresponda.	10) impedir, si lo juzgara conveniente, que ninguna persona se aparte del lugar del hecho o sus adyacencias, antes de concluir las diligencias más urgentes de investigación;
11) Impedir, si lo juzga conveniente, que ninguna persona se aparte del lugar del hecho a sus adyacencias, antes de concluir las diligencias más urgentes de investigación.	11) identificar al imputado;

12) Recibir al imputado o sospechado simple interrogatorio sumario, si éste lo consintiera, al solo efecto de orientar la investigación, inmediatamente después de ser citado, aprehendido o detenido, oportunidad en que se le informará que cuenta con los siguientes derechos: a) Nombrar abogado defensor o defensor general del Poder Judicial para que lo asista y represente. b) Abstenerse de declarar sin que ello implique presunción en su contra. c) Declarar ante el órgano judicial competente.	12) informar al imputado inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido, que cuenta con los siguientes derechos: a) nombrar abogado para que lo asista y represente; b) conferenciar en forma privada y libre con su defensor, antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia; c) abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra, o solicitar ser escuchado por el Fiscal; d) solicitar del Fiscal la intimación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica penal que provisionalmente
d) Indicar la prueba que estime de utilidad. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva no obstante su negativa a declarar.	merezcan y la prueba que existe en su contra; e) solicitar se practique la prueba que estimara de utilidad. La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega. Rige lo dispuesto por el artículo 110.
13) Cumplimentar lo dispuesto por el Artículo 76.	13) cumplimentar lo necesario para que el imputado sea revisado por el médico, bioquímico o psicólogo, en los casos en que así correspondiera.

14) En los delitos por lesiones dolosas cuando el agresor y agredido cohabiten en el mismo lugar; sean cónyuges, concubinos, ascendientes o descendientes de uno de ellos o de ambos, y tal cohabitación conlleve a suponer la reiteración de hechos similares, y con el único fin de prevenir los mismos, disponer la exclusión del hogar, por un término que no exceda las cuarenta y ocho (48) horas, y bajo apercibimientos, que le serán notificados fehacientemente al imputado, de que si desobedeciera, deberá cumplir dicho término detenido, sin perjuicio de lo que disponga el juez competente a quien se le dará previa comunicación del hecho. Durante el término que durare la exclusión dispuesta por la autoridad preventora, ésta, en el supuesto de que el destinatario de la medida no tuviere donde alojarse, procurará brindarle uno apropiado.	14) cumplimentar con la información a enviar al Registro Único de Antecedentes Penales.
---	---

15) Obtener fotografía del imputado, lo antes posible y en las mismas condiciones en que hubiere sido aprehendido, en los supuestos de flagrancia, cuando presente relevantes particularidades fisonómicas o de otro tipo, o ellas puedan alterarse con el tiempo, si las características del caso lo aconsejaren o cuando el juez lo dispusiere. La vista fotográfica será incorporada al sumario de prevención y podrá comprender a los menores de dieciocho (18) años coimputados del hecho. El imputado no podrá negarse a la identificación fotográfica. En caso de resultar imposible la documentación fotográfica, el preventor deberá realizar una descripción detallada acerca de tales extremos.

UNIDAD VII - POLÍTICA CRIMINAL Y USO DE LA FUERZA

I.- Política Criminal - II.- Uso de la Fuerza y de las Armas de Fuego. - 1.- Normas de derechos humanos en el uso de la fuerza. - 2.- Circunstancias admisibles para el uso de armas de fuego. - 3.- Procedimientos de uso de armas de fuego. - 4.- Práctica de los derechos humanos. - 5.- Funcionarios con responsabilidades de mando y supervisión. - 6.- Fuentes de la Normativa y la Práctica de los Derechos Humanos.

I.- Política Criminal

En un Estado Democrático de Derecho la planificación e implementación del presupuesto se realiza a través de las políticas públicas¹⁴⁵ que marca el Poder Ejecutivo. La Política General al ejercer el Estado quien debe atender, vigilar, salvaguardar y resguardar todos aquellos aspectos, frentes y conflictos de la vida social. Así se tiene una política de educación, sanidad, deportes, etc.

Entre ellas surge la Política Criminal, en la cual los autores suelen abarcar, la política en materia de seguridad, de justicia penal, de prevención y de sanción; es por ello que la misión de la política criminal es la elaboración o construcción de una mejor respuesta preventiva frente a determinados hechos ilícitos a fin de mantener bajos los índices de criminalidad en una determinada sociedad.

Siempre es menester recordar que una política criminal en un Estado democrático de Derecho es respetuosa de los principios y valores que inspiran la dignidad de la persona, y que están basados en los principios de la Constitución Nacional; caracterizándose por regirse con gran fuerza el principio del sometimiento de todos al imperio de la ley.

La seguridad ciudadana compete tanto al Estado como a la sociedad, frente al incremento del índice de criminalidad la Política Criminal cumple un papel muy importante proponiendo medidas concretas, a fin de reducirla o contralarla, respetuosas de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona.

Se habla de Estado de Derecho porque nadie, ni siquiera el poder público, o el jefe de Estado, pueden actuar fuera de los límites que marcan las propias normas jurídicas, dotando así de vigencia a la seguridad jurídica y prohibiendo el arbitrio en la actuación de los individuos y de la propia administración. Y es Estado democrático porque el Poder Legislativo se encuentra en situación preeminente frente a los poderes Ejecutivo y Judicial.

Requiere de dos aspectos básicos para su configuración: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las

145 Se entiende por política al proceso y actividad orientada, ideológicamente, a la toma de decisiones de un grupo para la consecución de unos objetivos. A la política, entonces debe preocuparle e interesarle el bienestar de los coasociados o integrantes de una determinada comunidad o sociedad.

posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculos para el desarrollo social.

La Política Criminal en un Estado Democrático de Derecho significa que el desarrollo de esa debe realizarse en estricto respeto a las garantías de la persona, esto a su vez, implica que el Estado, so pretexto de manera a ultranza una política fuerte de orden público, no puede incriminar comportamientos que se encuentran lejanos en la puesta en riesgo de bienes jurídicos.

Así, el Estado no puede adelantar su línea de defensa para alimentar una total seguridad ciudadana, pues entonces golpearía la barrera de la inviolabilidad del individuo (respeto a su dignidad), siendo este una de sus pilares fundamentales. Por otro lado, se debe respetar los principios –criminales que se instauraron con el pensamiento ilustrado y liberal, como el principio de legalidad exige que la descripción de la figura delictiva y la definición de la correspondiente sanción se determinen previamente por una ley anterior a su comisión, el principio de intervención mínima, según el cual, sólo se recurrirá a la vía penal cuando el conflicto no pueda ser resuelto eficazmente por el resto del ordenamiento jurídico el principio de proporcionalidad exige que la reacción estatal frente al delito cometido debe ser proporcional a la gravedad del mismo, a fin de evitar un sacrificio arbitrario e innecesario de los bienes y derechos del condenado, el principio de culpabilidad, según el cual, la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, la aplicación de una penal esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias de Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad), entre los principios que nos propios del Derecho Penal.

II.- Uso de la Fuerza y de las Armas de Fuego

Este tema debe comprenderse desde la óptica de las atribuciones del Estado para comprender el porqué es tan importante que el funcionario policial respete las normas internacionales sobre el uso de la fuerza.

Desde una perspectiva democrática, y en base al contrato social, cuando las personas viven en una sociedad renuncian a aplicar la violencia física, por ello, por regla general, cuando se afectan los derechos las personas deben recurrir a la justicia para que esta garantice el respeto de sus derechos, esto es así para evitar la justicia por mano propia. Dentro de la justicia, el juez ordena aplicación de la fuerza física, pero no ejecuta, los únicos funcionarios que ejecutan la fuerza física, ejemplo la detención material de un individuo, es el policial - es el único quien puede aplica la fuerza legítima del Estado - por ello que la aplicación de la misma este tan cuidada y controlada.

En consecuencia es fundamental el conocimiento por parte del funcionario policial de la normativa internacional de las Naciones Unidas. Para ello se transcribe algunos de los títulos del *Manual ampliado de Derechos Humanos para la Policía*¹⁴⁶.

1.-Normas de derechos humanos en el uso de la fuerza

- Toda persona tiene derecho a la vida, a la seguridad de su persona y a no ser sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- En primer lugar debe recurrirse a medios no violentos.
- Se utilizará la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario.
- Se utilizará la fuerza sólo para fines lícitos de aplicación de la ley.
- No se admitirán excepciones ni excusas para el uso ilegítimo de la fuerza.
- El uso de la fuerza será siempre proporcional a los objetivos lícitos.
- La fuerza se utilizará siempre con moderación
- Se reducirán al mínimo los daños y las lesiones.
- Se dispondrá de una serie de medios que permita un uso diferenciado de la fuerza.
- Todos los policías recibirán adiestramiento en el uso de los distintos medios para el uso diferenciado de la fuerza.

146 Manual ampliado de Derechos Humanos para la Policía. Material de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía, NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra, 2003, HR/P/PT/5/Add.3, PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, N° de venta: S.03.XIV.7, ISBN 92-1-354078-7, ISSN 1020-1688, en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5Add3sp.pdf>
[http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.p
df](http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf)
<http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/magazine.shtml>

- Todos los policías recibirán adiestramiento en el uso de medios no violentos.

Responsabilidad por el uso de la fuerza y de armas de fuego

- Todos los incidentes de uso de la fuerza o de armas de fuego se notificarán a los funcionarios superiores, que los examinarán.
- Los funcionarios superiores asumirán la debida responsabilidad cuando tengan, o deban haber tenido, conocimiento de que los funcionarios a sus órdenes han cometido abusos y no hayan adoptado medidas concretas al respecto.
- Los funcionarios que se nieguen a obedecer una orden ilícita gozarán de inmunidad.
- No podrá alegarse el acatamiento de órdenes superiores para eludir responsabilidades en caso de abuso de estas normas.

2.-Circunstancias admisibles para el uso de armas de fuego

- Las armas de fuego se utilizarán solamente en circunstancias extremas.
- Las armas de fuego se utilizarán solamente en defensa propia o en defensa de otros en caso de amenaza inminente de muerte o de lesiones graves
o bien o Para evitar un delito particularmente grave que entrañe un serio peligro para la vida o bien o Para detener o impedir la fuga de la persona que plantea ese peligro y se opone a los esfuerzos por eliminarlo y o En todos los casos, sólo cuando las medidas menos extremas resulten insuficientes.
- El uso de la fuerza y de armas de fuego con la intención de causar la muerte se permitirá solamente cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida de una persona.

3.- Procedimientos de uso de armas de fuego

- El funcionario debe identificarse como policía y
- Advertir claramente de su intención de usar armas de fuego y
- Dar tiempo suficiente para que se tenga en cuenta la advertencia,

Pero

- Esto no será necesario si la demora puede provocar la muerte o heridas graves al policía o a otras personas.

o bien

- Resulta evidentemente inútil o inadecuado dadas las circunstancias del caso.

Después de usar armas de fuego

- Se prestará asistencia médica a todos los heridos.
- Se informará a los familiares o amigos de los afectados.
- Se permitirá la investigación del incidente cuando se solicite o exija.
- Se presentará un informe completo y detallado del incidente.

4.- Práctica de los derechos humanos

Todos los funcionarios de policía:

- Inscribise en programas de capacitación para mejorar sus conocimientos en materia de primeros auxilios, defensa propia, uso de equipo protector, uso de instrumentos no letales, uso de armas de fuego, control de multitudes, solución de conflictos y alivio del estrés personal.
- Obtenga y aprenda a usar escudos, chalecos a prueba de balas, cascos e instrumentos no letales.
- Obtenga y aprenda a usar distintos medios para el uso diferenciado de la fuerza, como armas incapacitantes no letales.
- Participe en actividades de orientación para aliviar el estrés.
- Guarde y proteja todas las armas de fuego que se le entreguen.
- Considere que toda arma de fuego está cargada.
- Estudie y aplique técnicas de persuasión, mediación y negociación.
- Planifique con antelación el uso gradual y progresivo de la fuerza, empezando por medios no violentos.
- Esté atento al estado físico y mental de sus compañeros e intervenga cuando sea necesario para que reciban atención, orientación o capacitación adecuadas.

5.- Funcionarios con responsabilidades de mando y supervisión

- Establezca y aplique normas claras sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego.
- Organice cursos de capacitación periódicos sobre primeros auxilios, defensa personal, uso de equipo protector, uso de armas no letales, uso de armas de

fuego, control de multitudes, solución de conflictos, alivio del estrés y técnicas de persuasión, mediación y negociación.

- Obtenga y distribuya material protector, como cascos, escudos, chalecos antibalas, máscaras de gas y vehículos blindados.
 - Obtenga y distribuya instrumentos no letales con efectos incapacitantes y para la dispersión de multitudes.
 - Obtenga la gama más amplia posible de medios para el uso diferenciado de la fuerza.
 - Organice revisiones periódicas de los agentes de policía a fin de evaluar constantemente su estado físico y mental y su capacidad para juzgar la necesidad y el uso de la fuerza y las armas de fuego.
 - Organice servicios de orientación para el alivio del estrés para todos los funcionarios que hagan uso de la fuerza.
 - Establezca directrices claras para la presentación de informes sobre cada incidente de uso de la fuerza o de las armas de fuego.
 - Regule estrictamente el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego y establezca procedimientos para asegurarse de que los funcionarios sean responsables de las armas y la munición que se les entreguen.
 - Prohíba el uso de armas y munición que causen lesiones, daños o riesgos injustificados.
 - Realice comprobaciones periódicas para asegurarse de que los funcionarios de policía solamente portan armas y usan munición reglamentarias.
- Imponga sanciones apropiadas a todo agente que esté en posesión de material no reglamentario (especialmente balas de fragmentación, de punta hueca o dum-dum).
- Establezca estrategias para reducir el riesgo de que los agentes se vean obligados a utilizar armas de fuego.

6.- Fuentes de la Normativa y la Práctica de los Derechos Humanos.

Los resúmenes de práctica y normativa de los derechos humanos que figuran en esta guía se basan en los textos de derechos humanos que se enumeran a continuación.

Fuentes

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
- Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias

UNIDAD VIII - DERECHOS HUMANOS Y VIOLENCIA DOMESTICA

(Coordinadores de la Unidad: Dr. Fernando M. Rodrigo y Dra. Mariana E. Prunotto)

I.- Jerarquía de los Tratados Internacionales. El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN). — II.- El concepto de persona y el Derecho a la Vida. Prohibición de la pena de muerte. — III.- La Igualdad y la NO Discriminación. — IV.- Garantías del Debido Proceso en un Sistema Acusatorio. 1.- Principios generales. 2.- Principio de legalidad procesal. 3.- Principio del ne bis in idem. 4.- Principio del juez natural. 5.- Estado de inocencia. 6.- In dubio pro reo. 7.- Favor libertatis. 8.- Prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo. 9.- Inviolabilidad de la defensa. Entrevista previa con el defensor. 10.- Inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y los papeles privados. V.- Actuación frente a la violencia doméstica contra la mujer. - 1.- Marco conceptual.- 2.- Tipos de Maltratos 3.- Perfiles de las personas involucradas 4.- Los ciclos de la violencia doméstica. 5.- Toma de conciencia y decisiones 6.- Consideraciones para una respuesta adecuada. Atención a las situaciones de violencia doméstica en las dependencias policiales 7.- Victimización secundaria en dependencias policiales 8.- Ley de Violencia Familiar Santa Fe – Ley N° 11.529- Prohibición de acercamiento y exclusión del hogar 9.- Centros de Asistencia Judicial (CAJ) y Centros de consultas y atención.

I.- Jerarquía de los Tratados Internacionales. El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional(CN)²¹³.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se ha operado una profunda modificación en lo referente al régimen constitucional de los Derechos Humanos, así se establece como principio general que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Por otra parte, a reforma constitucional de 1994, ha establecido que los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la CN tienen la misma jerarquía que la Constitución Nacional²¹⁴.

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional dice: “Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional

²¹³ Sobre el tema general y los Derechos Humanos se recomienda: BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006; BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, 1ª Reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 1998.

²¹⁴ A la fecha se ha ampliado dicha enumeración del artículo, siendo los tratados con jerarquía constitucional los siguientes: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) Declaración Universal de Derechos Humanos; 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 7) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o

Coordinador General: Dr. Adolfo B. J. Prunotto Laborde

Autores: Dr. Adolfo B. J. Prunotto Laborde, Dr. Carlos Pareto - Dr. Fernando M. Rodrigo y Dra. Mariana E. Prunotto.

Degradantes; 10) Convención sobre los Derechos del Niño; 11) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 12) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, puede consultarse el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional, <http://www.bcnbib.gov.ar/ti/tijc.php>

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

II.- ElconceptodepersonayelDerechoalaVida.Prohibicióndelapenademuerte.

El inc. 2º del art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

El concepto debe vincularse, con el enunciado del Preámbulo de la Convención, en el que se reconoce la esencia natural y universal de los derechos del hombre que “*no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”. Se confirma así la afirmación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de que ellos “*derivan de la dignidad inherente a la persona humana*”.

El derecho a la vida es un derecho universal, es decir que le corresponde a todo ser humano. Es un derecho necesario para poder concretizar todos los demás derechos universales. El derecho a la vida significa tener la oportunidad de vivir nuestra propia vida. Si no hay vida, no tiene sentido que existan los demás derechos fundamentales²¹⁵.

Algunos de los documentos internacionales que consagran este derecho se encuentran: **a)** la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1); **b)** El art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, en su inciso 1º dispone: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en*

215 <http://www.humanium.org/es/derecho-vida/>

general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; o c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 6, inciso 1º, establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño protege el derecho a la vida de estos al establecer, primero en su preámbulo que *“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”,* y luego en su art. 6 inc. 1 al sostener que *“Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”,* cabe recordar que el art. 1 de dicha Convención dispone que *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.*

De lo expresado deviene la prohibición de la pena de muerte en nuestro país, en relación al tema se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En relación a la prohibición de la imposición de la pena de muerte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su art. 6.2 que: *“En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente”,* y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), es aún más contundente en los últimos cinco incisos de su art. 4 al disponer que: *“ Artículo 4. Derecho a la Vida (...) 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. *En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.*

5. *No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*

6. *Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.*

El texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos revela una inequívoca tendencia abolicionista, tanto en la implementación como en la aplicación de la pena de muerte, en definitiva la pena de muerte ha quedado abolida de nuestra legislación penal no pudiendo restablecerse en lo sucesivo²¹⁶.

III.- La Igualdad y la NO Discriminación.

Nuestra Constitución Nacional dedica un artículo expreso a la igualdad, el artículo 16 de la CN dice: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.*

Lo primero que aprendemos sobre los derechos fundamentales es el principio de igualdad, *“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Cuando a un ser humano se le niega el derecho a la igualdad, surge la problemática de la discriminación²¹⁷

Igualdad es la prohibición general de todo trato arbitrario y jurídicamente desigual, pues debe darse el mismo trato a todas las personas y cosas, que se encuentren en la misma situación; debiendo pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de este trato los órganos jurisdiccionales a través de criterios objetivos y predeterminados.

216 ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *El sistema penal y la convención Americana sobre Derechos Humanos*, “Discrepancias”, N° 3, pág. 32.

217 http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=167:la-discrimi..

Desmenuzando esta definición podemos señalar algunos elementos sin perder de vista que estamos revisando el contenido de la concepción de igualdad que nuestra cultura occidental ha desarrollado a partir del concepto igualdad:

- Prohibición general de todo trato: significa que la regla general, o que en principio, cualquier distingo no es admisible, trato que involucra todas las relaciones posibles entre las cosas y las personas.

Es general pues abarca a todo el derecho, sea este civil, penal, laboral, comercial, tributario, ambiental, administrativo, económico, etc.

- Arbitrario y jurídicamente desigual: Significa que no obstante lo anterior es posible realizar distingos, con lo cual pasamos de una exigencia absoluta a una exigencia imperativa, para realizar distingos estos deben estar fundados en argumentos racionales, objetivos y demostrables, tanto de hecho como de derecho.

Al emplear la expresión jurídicamente, indica que solo una norma jurídica puede prescribir una diferencia, una excepción al principio de igualdad, excluyendo toda otra normativa.

Entre los numerosos documentos internacionales con jerarquía constitucional que respaldan la perspectiva intercultural antidiscriminatoria se encuentran: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 2 y 18); la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 2 y 3); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. 2); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial- CERD (arts. 1 y 2 inc. a); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 1) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 1 y concordantes).

Asimismo, con relación a la lucha contra el racismo resulta de relevancia señalar la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (art. 1). En lo que respecta a los pueblos indígenas en particular, se destaca el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes -OIT (arts. 2 y 20) y la Declaración de los Pueblos Indígenas, que refuerza el posicionamiento del citado convenio.

A nivel nacional, cabe destacar la Ley de Actos Discriminatorios (Ley N° 23.592) aprobada en 1988, que sentó las bases para combatir las distintas expresiones de la discriminación en nuestro país.

Asimismo, en 2005, fue aprobado por Decreto No 1086/2005 el informe titulado Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación, encomendándose al INADI la coordinación de la ejecución de las propuestas indicadas en el documento, que tuvo carácter diagnóstico y propositivo y fue resultado de una investigación teórica y territorial.

Otras leyes que revisten gran relevancia son la Ley de Migraciones (Ley N° 25.871) y la Ley de Educación Nacional (Ley N° 26.206).

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo

El Congreso Nacional sancionó en el 1995 la Ley n° 24.515 creando el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). El INADI es un organismo descentralizado que se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y su accionar se desarrolla en articulación con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación²¹⁸.

El funcionamiento del INADI se orienta a recibir consultas y denuncias de aquellas personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que se consideren víctimas de actos de discriminatorios de cualquier índole, así como también de impulsar políticas activas de prevención a través de cursos, programas, conferencias, seminarios y eventos, con el objeto de difundir los derechos que todo ser humano tiene bajo el amparo de la Constitución Nacional y las leyes vigentes.

IV.- Garantías del Debido Proceso en un Sistema Acusatorio ²¹⁹

1.- Principios generales

Entre los principios generales que rigen la materia procesal, y en particular lo relativo al proceso penal, el **artículo 1 del CPP**, Ley 12.734, dispone “*Juicio previo. Nadie*

218 <http://inadi.gob.ar/institucional/autoridades/>

219 El presente punto es desarrollado en base al manual del Dr. Adolfo Prunotto Laborde, puede verse en PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3° edición, Zeus, Rosario, 2011, págs. 517 a 528.

podrá ser penado o ser sometido a una medida de seguridad sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las reglas de éste Código.

En el procedimiento penal rigen todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados internacionales con idéntica jerarquía y en la Constitución de la Provincia.

Dichas disposiciones son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa informando toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento pena”.

Y en el artículo **3 del CPP**, Ley N° 12.734, dice *“Principios y reglas procesales. Durante el proceso se observarán los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediatez, simplificación y celeridad”.*

2.- Principio de legalidad²²⁰.

El Principio de legalidad entendemos que es el pilar fundamental de un Estado Constitucional Democrático de Derecho.

El principio de legalidad tiene raigambre constitucional, siendo enunciado específicamente en el art. 18 de la Carta Magna, dice: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.*

También ha sido enunciado el mismo en los pactos internacionales incorporados a la constitución en la última reforma de 1994, como podremos comprobar a continuación:

- ✓ En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en su artículo XXV: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre-existentes”.*
- ✓ En la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas de 1948, en su artículo 11 inciso 2: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho Nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”*

220 Sobre el presente tema se recomienda la lectura de PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J., *Principio de legalidad. Alcances y precisiones*, en Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales – I, N° 1, Dir.: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001; y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3° edición, Zeus, Rosario, 2011, p. 42/46.

- ✓ En la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 9: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”*
- ✓ En el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos o Pacto de Nueva York, que en su artículo 15 inciso 1º: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o internacional.”*

El fundamento responde a una cuestión histórico política, evitar que los totalitarismos –fascistas y comunistas- violen este principio fundamental, con el sencillo trámite de dictar una ley, *“si los hacedores de las leyes, los supremos repartidores, realizan conductas consideradas delictuosas, según Derecho Consuetudinario universal, no pueden invocar su propia legislación para militar a favor de su impunidad....El Estado de Derecho o, mejor dicho, el régimen de justicia, requiere, pues, por cierto, el estricto cumplimiento del principio **nullum crimen, nulla poena sine lege**; pero también reclama el régimen de justicia que se enjuicie a las mismas leyes desde el punto de vista de su carácter criminal, con miras al Derecho consuetudinario universal y a la justicia...”*²²¹

Un muy difundido error que debe ser esclarecido, es la relación establecida entre el principio de legalidad y la obligación estatal de perseguir todos los injustos conocidos oficialmente, ésta es una concepción proveniente del derecho procesal penal que no puede ser sostenida por argumentos de derecho de fondo y por ende es valga la repetición, errónea.

La planteada antinomia principio de oportunidad-principio de legalidad, no es tal; su enunciado correcto es principio de oportunidad versus principio de oficialidad de la acción, quedando por ello fuera de la misma el principio de legalidad que abarca como un paraguas protector a los otros dos principios enunciados, cualquiera sea el que se elija aplicar, por ser el mismo de fondo y los otros dos de forma.

Como fácilmente puede apreciarse en ninguno de los enunciados transcriptos precedentemente -referidos al principio de legalidad- se afirma que toda conducta tipificada en el ordenamiento represivo debe ser perseguida, por el contrario a lo que

221 GOLDSCHMIDT, Werner; Introducción Filosófica al Derecho, sexta edición, Buenos Aires, Depalma 1978, págs. 571/2.

apunta este principio es a evitar la persecución de una persona por una conducta que no era considerada delictiva al momento de su comisión.

Comparte esta afirmación el profesor Cafferata Nores, quien sostiene refiriéndose a la Constitución Nacional, *“pero en ningún lugar expresa que cada vez que se cometa un hecho de los que la ley anterior tipifica como delitos, se deba imponer una pena o se deba iniciar un proceso.”*²²²

Es decir que es un principio destinado a limitar el *ius puniendi* estatal, a consagrar la seguridad jurídica y a salvaguardar la libertad personal; *“La ley penal es garantía de libertad para quienes no infringen la norma –nullum crimen sine lege- y que se presenta, además, como la Charta Magna del delincuente –nulla poena sine lege-.”*²²³

Para complementar el enunciado del principio de legalidad creemos que debe hacerse referencia a que **la ley** debe reunir los siguientes requisitos, o corolarios:

- ✦ Debe ser escrita (*lex scripta*)
- ✦ Debe ser estricta (*lex stricta*)
- ✦ Debe ser cierta (*lex certa*)
- ✦ Debe ser previa (*lex praevia*)
- ✦ Debe tutelar bienes jurídicos constitucionalmente receptados.

La ley debe ser **estricta**, lo que debe interpretarse como prohibición de la analogía, esta prohibición esta dirigida primeramente al legislador –que no podría autorizarla- y al juez que no puede aplicarla.

Se requiere una **ley escrita** por distintos fundamentos entre ellos que al hallarnos inmersos dentro de un sistema románico, que excluye el derecho consuetudinario y consagra la seguridad jurídica, el requisito escritural es fundamental.

La **certeza** de la ley tiene capital importancia puesto que la punibilidad debe estar **legalmente determinada**, antes del hecho sino el juez sería quien debería determinarla, esta determinación abarca no sólo la descripción precisa de la conducta sino también de la pena aplicable.

222 CAFFERATA NORES, José, El principio de oportunidad en el Derecho Argentino, versión corregida y anotada de la clase de oposición dictada para el concurso para Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional de Córdoba.

223 JIMENEZ DE ASUA, Luis; Tratado de Derecho Penal, Tomo II, segunda edición, Editorial Losada, Buenos Aires 1958. Pág. 379.

En cuanto a que la ley debe ser **previa** es uno de los fundamentos del principio de legalidad.

La **tutela de bienes jurídicos constitucionalmente receptados** es de fundamental importancia, ya que el avance del funcionalismo ha llevado al legislador a dictar leyes destinadas a que la Sociedad crea que se está haciendo algo, pero que en la realidad no son efectivas e inclusive son inconstitucionales, ya que no se puede determinar que bien jurídico protegen.

Este importantísimo principio, aplicado al derecho procesal, consiste en que toda persona debe ser juzgada conforme a leyes procedimentales dictadas antes de que cometiera el delito, (art. 18 Const. Nacional) y es consagrado por el art. 1 del CPPS, según Ley N° 12.734 que dice: *“Nadie podrá ser penado o ser sometido a una medida de seguridad sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las reglas de éste Código.*

En el procedimiento penal rigen todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados internacionales con idéntica jerarquía y en la Constitución de la Provincia.

Dichas disposiciones son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa informando toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal”.

3.- Principio del *ne bis in idem*.

Según el mismo, nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, sea simultáneamente (idea de *litis pendencia*), como sucesivamente (idea de *cosa juzgada*)²²⁴. Debe tenerse presente que en el último caso la condena puede ser revisada a favor del condenado.

Debe haber una triple identidad, respecto a la persona, respecto al hecho y respecto a la causa.

Es consagrado por el **artículo 6 del CPP**, Ley N° 12734, *“Non bis in ídem. Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.*

224 CAFFERATA NORES, José, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba 1994, pág 87.

No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias a favor del condenado, según las reglas previstas por este Código”.

4.- Principio del juez natural.

El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser “juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

Ante la ocurrencia de un hecho que tenga apariencia de delito y del cual tome conocimiento la autoridad, deberá tomar intervención en el mismo el juez que sea competente para juzgarlo según las leyes establecidas con anterioridad al hecho.

El juez competente para juzgar al sujeto siempre será uno solo. Por ejemplo: si en este preciso momento se estuviera cometiendo un delito en la ciudad de Rosario y la autoridad toma conocimiento de ello, el juez competente sería el juez penal que al momento del hecho tenía competencia en esta ciudad. Pero ocurre que en la ciudad de Rosario hay diversos juzgados penales. En ese caso, normalmente se recurre a un mecanismo denominado competencia por turno, de modo que siempre habrá un juzgado de turno, y todos los hechos que se produzcan durante el mismo, serán competencia de ese magistrado. Pero también ocurre que se encuentran de turno un juzgado correccional y otro de instrucción. En ese supuesto, de acuerdo al hecho que se haya cometido, se determinará de acuerdo a la penalidad que acarree el mismo, si es de competencia del juzgado de instrucción o del correccional. Como puede observarse, para cada hecho habrá un solo juez competente (que es el juez natural).

Este principio por otra parte impide que una persona sea sometida a tribunales especiales creados luego de cometido el delito al sólo efecto de juzgarlo.

Ha sido receptado en el **artículo 4 CPP**, Ley N° 12.734, “*Jueces naturales y jurados. Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo a la Constitución e instituidos con anterioridad al hecho objeto del proceso.*

En los casos en que sea procedente la conformación del jurado se regirá por las normas que establezca una ley especial”.

5.- Estado de inocencia.

En virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, y de la interpretación conjunta del mismo con los principios de igualdad ante la ley, de reserva y de exterioridad, nos encontramos ante las siguientes exigencias legales: en primer término deberá existir una ley que sancione un hecho determinado con una pena; luego deberá existir una persona que cometa exactamente ese hecho; posteriormente deberá celebrarse ante el juez competente todo un debido proceso legal respetuoso de los derechos y garantías; por último, en caso de comprobarse la responsabilidad penal de esa persona por ese hecho, se dictará una sentencia condenatoria que le impondrá la pena que originariamente tenía establecida el mismo.

Esto significa que durante todo el tiempo que transcurre hasta el dictado de una sentencia condenatoria, nos encontraremos ante una persona que estará imputada pero que deberá ser considerada inocente mientras no se demuestre judicialmente su responsabilidad penal por el hecho que motiva ese proceso.

Es de fundamental importancia para el funcionario policial que se logre una cabal comprensión de lo que significa el estado de inocencia. No estamos ante una “presunción de inocencia”, sino que presenciamos un “estado de inocencia”, lo que implicará que al imputado se lo deba tratar como tal (inocente) y ese estado cesará solamente desde el momento en el que se dicte una sentencia condenatoria firme respecto de esa persona. Mientras la sentencia no haya sido dictada, estamos ante una persona a la cual el derecho argentino le garantiza que será considerada inocente.

Por otra parte, ténganse en cuenta los supuestos de sentencias absolutorias, en los cuales la persona nunca dejó de ser inocente, ya que el estado originario de inocencia en ningún momento se vio modificado.

Es consagrado por el **artículo 5 CPP**, Ley N° 12.734. *“Estado de inocencia. Nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal”*.

6.- In dubio pro reo.

Dispone el **artículo 7 CPP**, Ley N° 12734, que: *“In dubio pro reo. En caso de duda sobre los hechos deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado, en cualquier grado e instancia del proceso”*.

En la valoración de la prueba colectada tanto en la instrucción como en el juicio, frente a la duda, la interpretación de la misma debe ser favorable al imputado o procesado.

Enseña Vázquez Rossi que “así como los ordenamientos que disciplinan la instrucción formal y los actos de mérito instructorio hablan de la “**sospecha**” para validar la convocatoria a indagatoria y de “**probabilidad**” para el procesamiento, prisión preventiva y acusación, se coincide en la necesidad de “**certeza**” para la decisión de condena. Porque al momento de dictarse sentencia y examinándose todas las constancias logradas, como así mismo los alegatos de las partes, el órgano de juzgamiento deberá considerar integralmente ese conjunto, sopesando conforme a reglas experienciales y de razón las respectivas acreditaciones y decidiendo si la postura acusatoria tiene entidad suficiente como para convencer objetivamente sobre el suceder y autoría delictivas. En caso contrario, dado el estado jurídico de inocencia, se deberá absolver al acusado”²²⁵.

Esto no implica que previamente a la sentencia el magistrado no lo tenga en cuenta, ya que pueden presentarse supuestos en los cuales el material probatorio colectado no tenga entidad suficiente como para arribar a un estado de certeza. En tal caso “carece de sentido mantener la sujeción al proceso y arribar a la instancia del juicio, por lo que deviene razonable un pronunciamiento desincriminador; en alguna forma, esto se encuentra previsto en los códigos como auto de falta de mérito, archivo o sobreseimiento”²²⁶.

7.- Favor *libertatis*.

El favor *libertatis* es una derivación del estado jurídico de inocencia. Por ello el imputado, a lo largo del debido proceso legal, debería encontrarse en libertad, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los cuales la ley autoriza a restringirle su libertad ambulatoria.

Ya hemos expresado que a lo largo del debido proceso legal rige en toda su amplitud el estado jurídico de inocencia. Esto implica lógica y necesariamente que no

225 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; op. cit., pág. 277.

226 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; op. cit., pág. 277.

existe posibilidad alguna de aplicar a una persona una especie de “anticipo de pena”, sin violar el mencionado estado de inocencia.

Pero el problema se plantea respecto a la detención y la prisión preventiva. Aparentemente, habría una contradicción entre el estado de inocencia y los supuestos en los cuales la persona es detenida, o se ordena su prisión preventiva. Pero la supuesta contradicción no es tal.

Debe destacarse que “la única justificación para llegar a la privación provisional de la libertad ambulatoria puede encontrarse en la función estatal de “asegurar la justicia”, lo que lleva a implementar medios asegurativos de la comparecencia del imputado al proceso, tales como la citación y las cauciones, apareciendo la prisión preventiva como el último recurso en una escala racional de medidas coercitivas cuyo enfoque y tratamiento debe hacerse dentro del esquema de las medidas cautelares” ²²⁷.

En el ámbito de la Provincia de Santa Fe, conforme los nuevos paradigmas en materia procesal, se puede mantener detenida a la persona teniendo en cuenta la escala penal de la figura por la cual se la somete a proceso, cuando existan elementos como para entender que eludirá la acción penal o que obstaculizará el desarrollo del proceso, difícil postura para que la Sociedad la comparta, máxime frente al discurso represivo y autoritario que plantean a diario algunos comunicadores sociales.

Esta cuestión ha sido tratada especialmente en los artículos que transcribimos a continuación:

Artículo 10 CPP, Ley N° 12.734. *“Restricción a la libertad. La libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para evitar el entorpecimiento probatorio en la investigación o el juicio y asegurar la actuación de la pretensión punitiva”.*

Artículo 11 CPP, Ley N° 12.734. *“Interpretación restrictiva. Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso o establezca invalidaciones procesales o exclusiones probatorias”.*

8.- Prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo.

²²⁷ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; op. cit., pág. 279.

Dispone el artículo 18 de la Constitución Nacional: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

Asimismo, el artículo 8, inc. 2º, letra g, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

El **artículo 268 CPP**, en su inciso 12, Ley Nº 12.734, dispone “*Deberes y atribuciones.- La Policía tendrá los siguientes deberes y atribuciones: (...)*

12) informar al imputado inmediatamente de que fuera citado, aprehendido o detenido,

que cuenta con los siguientes derechos:

a) nombrar abogado para que lo asista y represente;

b) conferenciar en forma privada y libre con su defensor, antes de prestar declaración o realizar un acto que requiera su presencia;

c) abstenerse de declarar sin que ello signifique una presunción en su contra, o solicitar ser escuchado por el Fiscal;

d) solicitar del Fiscal la intimación de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica penal que provisionalmente merezcan y la prueba que existe en su contra;

e) solicitar se practique la prueba que estimara de utilidad.

La información precedente le será entregada al imputado por escrito, dejando constancia fehaciente de su entrega.

Rige lo dispuesto por el artículo 110”.

Conforme se desprende de este apartado la policía puede recibir declaración al imputado, siempre que éste lo haga espontánea y libremente y en presencia de su defensor, de lo contrario será inválida. Por tanto, no estando presente el abogado, al imputado sólo se le deberán hacer saber los derechos que en este inciso se mencionan²²⁸. Esto surge del **art. 110 CPP**, Ley Nº 12.734, “*Validez.- Para no ser invalidada la declaración del imputado deberá contar siempre con la presencia de su defensor y, antes*

228 BACLINI, Jorge C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Ley Nº 12.734*, Tomo 3 – arts. 251 a 459, Juris, Rosario, 2011, págs. 53/4.

de comenzar, se le hará saber que cuenta con el derecho de abstenerse de declarar sin que ello signifique ninguna presunción en su contra”.

Obviamente, tal abstención no genera ninguna clase de presunción en su contra. Además, es fundamental poner en conocimiento de la persona que le asiste derecho a designar abogado defensor, de lo cual se dejará constancia.

Así como la persona tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí mismo, eso no implica que tenga derecho a mentir, lo que tiene derecho es a abstenerse pero no a estorbar la labor de la justicia aportando una versión o datos falsos²²⁹.

Debe complementarse con lo dispuesto en las declaraciones, pactos y convenciones de derechos humanos, que se refieran a la declaración de una persona sometida a proceso.

- I) La declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo XXVI, al regular el derecho a proceso regular, establece: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública...”
- II) La declaración Universal de derechos humanos, en su artículo 10, dice: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Como fácilmente podemos apreciar este artículo se refiere al proceso en general, sea civil o penal y consagra la llamada defensa material en el descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen.
- III) La Convención Americana sobre Derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8 al consagrar las Garantías Judiciales, en el inciso 1º estipula: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable....” complementando este concepto en el inciso 2º apartado g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, ...”

229 Es la postura que sostuvimos como disertantes en el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista “Por la real vigencia de los derechos y garantías constitucionales”, realizado en la ciudad de Azul, los días 1 y 2 de Noviembre del 2001, sobre el tema, “La declaración mendaz del imputado”.

- IV) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, en su artículo 14, dispone “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...” complementando este concepto en el inciso 3º apartado g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, ...”
- V) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 15, establece : “Todo Estado Parte, se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.
- VI) La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40, inciso 2º apartado b, IV), dispone: “Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable...”.
- VII) La Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no traen ninguna disposición al respecto.

La Libertad de expresión tiene relación con la **prohibición de autoincriminación**, la persona puede expresarse libremente, pero debe responder por sus expresiones, por ejemplo en las calumnias, las injurias, o el falso testimonio.

La mayoría de los autores de derecho procesal, desarrollan la llamada libertad de declarar ²³⁰ en relación con la declaración indagatoria, que presenta tres aspectos:

1. Que el imputado pueda declarar sin presiones de ninguna naturaleza, prohibiendo por ello los códigos procesales que se le exija juramento o promesa de decir verdad.
2. Que no se le efectúen recomendaciones o presiones destinadas a que confiese su participación en el injusto.
3. Que pueda negarse a declarar sin que sea forzado a ello.

230 Sobre el tema puede consultarse CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Astrea Buenos Aires 1996, págs. 303 y ss.

Respecto a la declaración indagatoria del imputado el Dr. Superti, ha sostenido “*tampoco hay dudas sobre qué interesa al **investigado**, dado que hace al más primario derecho de defensa el **ser oído** para explicar todo aquello que sirva para el descargo*”, concluyendo “*la declaración está al servicio de los intereses del imputado*”²³¹.

Así como la persona tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí mismo, eso no implica que tenga derecho a mentir, lo que tiene derecho es a abstenerse pero no a estorbar la labor de la justicia aportando una versión o datos falsos.²³²

El sistema impuesto actualmente en los códigos procesales presenta varias dificultades:

- 1) Un innecesario desgaste jurisdiccional en la búsqueda de pruebas que acrediten o desacrediten las declaraciones mendaces. Sostiene Cafferata Nores, que “deberá investigarse la posible veracidad de sus alegaciones defensivas”.²³³
- 2) Si denuncian un delito en esas declaraciones no son responsables o bien hay que recibirles una denuncia común cuidando de que no se autoincrimine, lo mismo si luego en este caso hay que recibirle declaración testimonial. Por ejemplo apremios ilegales, que luego son desvirtuados en una gran cantidad de casos.
- 3) La problemática de la llamada confesión calificada y de la divisibilidad de la misma.

Ahora bien en ninguna de las normas transcritas se sostiene que el imputado pueda mentir, lo que puede hacer es abstenerse de declarar.

Entendemos, que si elige declarar debería hacerlo bajo juramento de decir verdad, es decir debe atenerse a las consecuencias de sus falsedades.

En el sistema que proponemos la norma es la abstención, pero si elige declarar debe hacerlo bajo juramento, como en el sistema norteamericano, la oportunidad de informarle sobre este aspecto la tiene el defensor en la entrevista previa que sostiene con su pupilo.²³⁴

231 SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal Temas Conflictivos*, Ed. Juris, Rosario 1998, pág. 259.

232 Es la postura que sostuvimos como disertantes en el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista “Por la real vigencia de los derechos y garantías constitucionales”, realizado en la ciudad de Azul, los días 1 y 2 de Noviembre del 2001, sobre el tema, “La declaración mendaz del imputado”, luego publicada en el comentario a fallo, titulado “Valoración de la prueba y declaración mendaz del imputado”, Zeuz, boletín del 4 de Julio de 2005, incluido en el Tomo 98 de la colección.

233 CAFFERATA NORES, José, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Cordoba 1994, pág. 93.

234 Sobre el tema puede consultarse de Adolfo Prunotto Laborde, Alicia Bergero y Daniela Soso, “El imputado y la entrevista previa con el defensor”, publicado en los boletines nos. 6258, 6259, 6260 y 6261 de Zeus, del 14, 15, 16 y 17 de Septiembre de 1999, incluido en el Tomo 81.

Recordemos que la prohibición de auto-incriminación deriva de la V Enmienda a la Constitución Norteamericana y que sus alcances han sido establecidos con claridad por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el famoso caso “Miranda v. Arizona”.

Una objeción que hemos escuchado, consiste frente a una declaración mendaz, ¿sobre qué, deberán recaer las falsedades?, al respecto Donna, sostiene que *“la falsedad tiene que ser idónea para inducir en error al que decide, por lo tanto debe recaer sobre hechos o circunstancias que alteren la comprensión del hecho; por ende, quedan fuera del tipo penal aquellas falsedades sobre materia que de ningún modo incidan en la estimación del hecho como tal”*²³⁵; no obstante lo expuesto Creus sostiene que la tipicidad deberá valorarse en caso concreto, ya que la falsedad debe afectar el bien jurídico protegido ²³⁶, y ser idónea para influir en las resultas de la causa. ²³⁷ Para resumir, se presentarán los problemas comunes al falso testimonio que ya han sido evaluados doctrinaria y judicialmente.

9.- Inviolabilidad de la defensa. Entrevista previa con el defensor.

El derecho de defensa es un derecho fundamental de la persona humana. En la Constitución Nacional lo encontramos garantizado en el artículo 18, cuando establece: *“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*.

Sostiene Vázquez Rossi que “Toda vez que el imputado es reputado inocente hasta tanto se declare lo contrario en sentencia definitiva, resulta lógico que cuente con los mecanismos idóneos para expresar sus razones y responder a la acción dirigida en su contra. Para ello debe comunicársele la atribución, escuchar sus declaraciones voluntarias, producir las pruebas de descargo que indique y darle concretas oportunidades de alegación e impugnación”²³⁸.

235 DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, pág. 451 y ss..

236 CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración pública*, Astrea, Buenos Aires 1981, pág. 475.

237 Claramente sostiene Rodolfo Moreno (h), en El código penal y sus antecedentes, Tomo VI, Tomasi Editor Buenos Aires 1923, pág. 302; “En el delito de falso testimonio, si bien concurre una falsedad, puede decirse que ésta es el medio empleado para desviar la justicia”.

238 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; *op. cit.*, pág. 285.

Las derivaciones del derecho de defensa, como por ejemplo el derecho del imputado a tener una entrevista privada con su defensor antes de proceder a declarar, serán tratadas oportunamente cuando analicemos a las partes del proceso penal.²³⁹

Esta garantía, es contemplada expresamente por el **artículo 8 CPP**, Ley N° 12.734: *“Inviolabilidad de la defensa. La defensa en juicio deberá comprender para las partes, entre otros, los siguientes derechos: ser oídas, contar con asesoramiento y representación técnica, ofrecer prueba, controlar su producción, alegar sobre su mérito e impugnar resoluciones jurisdiccionales, en los casos y por los medios que este Código autoriza”*.

10.- Inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y los papeles privados.

Establece el artículo 18 de la Constitución Nacional: *“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”*.

En este punto, Vázquez Rossi sostiene que *“la regla es la de que nadie puede introducirse en el domicilio de otro sin su consentimiento; la excepción está dada por claros casos de estado de necesidad. Fuera de ellos, la autoridad competente sólo puede ingresar con orden escrita de órgano jurisdiccional, la que, conforme a principios de racionalidad y requisitos legales, debe ser fundada, tanto en cuanto a la necesidad y motivación como a los recaudos formales, todo lo cual abarca también las condiciones de ejecución de una medida que debe entenderse como excepcional y de interpretación restrictiva”*²⁴⁰.

Estas nociones son directamente aplicables a otros ámbitos relativos a la privacidad, como los supuestos de papeles privados de la persona y las comunicaciones de la misma.

Recuérdese que el **art. 268 inc. 9° CPP**, Ley N° 12.734, dispone que la autoridad policial podrá *“secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro elemento que pudiera servir para el objeto de la investigación en caso de urgencia o peligro en la*

239 Sobre este importante tema puede consultarse **“El imputado y la entrevista previa con el defensor”**, publicado en colaboración con las Dras. Alicia Bergero y Daniela Soso, en la Revista de Derecho Procesal 1-Año 2000, pág. 29, Editorial Zeus.

240 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; op. cit., pág. 287/8.

demora. Sin embargo no podrá imponerse de la correspondencia, papeles privados, material informático y grabaciones que secuestrara, sino que los remitirá intactos al Fiscal competente para que éste requiera autorización al Tribunal;(...)”.

De tal modo, aún en casos urgentes, la autoridad policial deberá mantener cerrada la correspondencia que se hubiere secuestrado, “debiendo enviarlos al fiscal competente para que al efecto éste requiera autorización del tribunal”²⁴¹.

V.- Actuación frente a violencia doméstica contra la mujer²⁴².

La violencia doméstica es un grave problema social y de salud pública que requiere la decidida intervención del Estado para su erradicación.

Si bien no es un fenómeno nuevo, hasta hace muy poco tiempo en nuestro país, se lo naturalizaba o se lo consideraba asunto privado, para ser resuelto por el varón de la pareja.

Los diferentes casos que se hicieron de conocimiento público sacaron al problema de la oscuridad que da la naturalización de la violencia en el seno doméstico, comenzando a develar el rostro oculto del maltrato, la humillación e incluso la muerte a manos de aquellas personas del entorno familiar.

El valor social de la profesión policial radica en el deber de velar por el bien común, propiciando el clima de seguridad para las personas y para la comunidad de manera de posibilitar el ejercicio pleno de sus Derechos Humanos, esta es la función primordial de la existencia de toda institución policial y exige a todos sus miembros espíritu de servicio para estar dispuestos a conseguir los mayores niveles de eficacia.

La violencia doméstica es un tema de seguridad pública. La violencia en el ámbito familiar configura una flagrante violación a los Derechos Humanos. Esta realidad exige a la institución policial dar respuesta con responsabilidad, solvencia y profesionalidad.

241 BACLINI, Jorge C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe – Ley Nº 12.734*, Tomo 3 – arts. 251 a 459, Juris, Rosario, 2011, pág. 52.

242 <http://www.un.org/es/women/endviolence/goals.shtml>
[http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf)
<http://www.unwomen.org/es/news/stories/2011/8/police-and-judges-against-gender-violence-in-the-southern-cone/>

La realidad argentina²⁴³, coincidente con datos internacionales, da cuenta que quienes en forma abrumadoramente mayoritaria padecen maltrato son las mujeres. Por lo tanto se hace imperioso considerar que en materia de violencia doméstica el trato adecuado a las mujeres en dependencias policiales un factor de protección frente a la situación de vulnerabilidad que viene.

Mejorar la atención y la información fomentará en ellas procesos de recuperación de la autoestima y de toma de decisiones que les permitan superar situaciones de violencia. De esa forma podrán restablecer relaciones basadas en el respeto a su dignidad y a su integridad física, psicológica, emocional y sexual.

Es fundamental que la policía conozca la dimensión del fenómeno de la violencia doméstica, así como los ciclos y los tipos de maltrato y los perfiles de las personas involucradas, a fin de poder brindar el tratamiento profesional adecuado.

1.- Marco Conceptual

La violencia doméstica es un tema complejo, diverso y multicausal que es imprescindible conocer y comprender para poder brindar las respuestas adecuadas.

Toda forma de violencia es un acto intencional y dirigido a dañar a las personas. El poder, el control y el dominio son los móviles que están en la base de todo comportamiento violento y éstos pueden expresarse tanto de forma colectiva como individual. El poder supone siempre una desigualdad y una jerarquía en el mundo de las relaciones interpersonales.

Por lo general las conductas violentas se ejercen hacia personas consideradas más débiles o vulnerables, sea desde el punto de vista cultural, social, económico, físico, o psicológico. Es por eso que - aunque no las únicas, pero sí en las que se expresa de forma más frecuente - (niñas, jóvenes, adultas y ancianas) en su diversidad (extracción social, étnica, religiosa, opción sexual, entre otras).

Esto se explica a través del conjunto de prácticas, representaciones, normas y valores que cada sociedad construye para asignar a hombres y mujeres diferentes lugares, tareas y funciones.

243 <http://www.csjn.gov.ar/ovd/ovdhome.jsp>

Dichos modelos, por lo general, conllevan cargas valorativas que colocan a las mujeres en lugares subordinados.

La Organización Mundial de la Salud (OMS²⁴⁴) define como violencia *“El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otras personas o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones”*

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la *“Eliminación de la Violencia contra las Mujeres”* define la violencia de género como *“Todo acto de violencia basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico contra la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada”*²⁴⁵.

Por violencia doméstica se entiende un tipo particular de ejercicio abusivo de la fuerza, en los espacios concebidos socialmente para el cuidado, la protección y el afecto. Es tal vez la más difícil y compleja de comprender y abordar, dado que daña a aquellas personas con las que se tiene un vínculo de cuidado y a las que se debe protección.

Se establece en el marco de relaciones afectivas y se expresa como una forma desproporcionada y abusiva mediante la que se pretende resolver los conflictos que se generan en el ámbito familiar.

Es la utilización de la fuerza, el insulto, la humillación, el descrédito o la amenaza como forma de imponer la voluntad y el deseo de uno sobre otro. La violencia doméstica se configura cuando un integrante de la familia utiliza su lugar de poder, de forma sostenida y reiterada para someter a otro a sus necesidades, deseos o aspiraciones.

Este tipo de violencia que se ejerce en el ámbito familiar deteriora progresivamente la calidad de vida de quienes la padecen, generando disminución de los logros personales, pérdida de autonomía y dificultad para su desarrollo.

Una política pública sobre este fenómeno debe basarse en los principios de justicia y equidad, reconociendo como sujetos de derechos a todas las personas que se encuentran

244 <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> Consulta realizada 01/10/13.

245 http://www2.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm Consulta realizada 01/10/13.

en estas situaciones. Es necesario e imprescindible involucrar y trabajar con todos los actores sociales e institucionales que tengan responsabilidad en el tema.

La policía debe prestar protección y respuestas adecuadas y eficientes a las personas que llegan a la institución para plantear su problema. Debe hacerlo en el sentido de preservar y restaurar los valores de respeto, equidad y solidaridad que se ven avasallados por la violencia doméstica.

La Violencia Doméstica se encuentra definida en la **Ley 26.485 Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales** en su artículo 6 “Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) *Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.*

Una política pública sobre este fenómeno debe basarse en los principios de justicia y equidad, reconociendo como sujetos de derechos a todas las personas que se encuentran en estas situaciones. Es necesario e imprescindible involucrar y trabajar con todos los actores sociales e institucionales que tengan responsabilidad en el tema.

La policía debe prestar protección y respuestas adecuadas y eficientes a las personas que llegan a la institución para plantear su problema. Debe hacerlo en el sentido de preservar y restaurar los valores de respeto, equidad y solidaridad que se ven avasallados por la violencia doméstica.

Al recepcionar una situación de violencia doméstica en las dependencias policiales es necesario tener presente:

- ♦ que se trata de un problema complejo, diverso y multicausal que requiere una respuesta adecuada a cada situación.

- ✦ la importancia de una actuación policial preventiva
- ✦ la necesidad de obtener una visión global del conjunto de las medidas policiales y
- ✦ asistenciales aplicables a este tipo de violencia
- ✦ la importancia y necesidad de potenciar las actitudes y aptitudes para el tratamiento y asesoramiento a las víctimas de malos tratos
- ✦ la necesidad de incrementar y mejorar la articulación y coordinación entre los diferentes actores, tanto del Estado como de la sociedad civil organizada, que trabajan en la prevención y asistencia a las víctimas de violencia de género.

2.- Tipos de Maltratos.

Del juego de las leyes destinadas a la protección de los vulnerables, podemos decir que la violencia –*incluida la física*- se puede clasificar en:

1. *Violencia doméstica*, cuando el ambiente en que se desarrolla es el privado.
2. *Violencia pública*, cuando el ambiente en el que se desarrolla es público.
3. *Violencia de género*, cuando se refiere a una relación de género entre víctima y victimario.
4. *Violencia común*, cuando no hay una relación de género, ni familiar.
5. *Violencia familiar*, cuando se desarrolla dentro del ámbito de las relaciones interpersonales sea por cohabitación o por parentesco.
6. *Violencia estatal*, cuando son funcionarios del Estado los que la llevan adelante por fuera del marco legal.
7. *Violencia por odio*, sea racial, religioso, o político.

Esta clasificación nos permitirá, analizar la legislación tanto nacional, como comparada y advertir algunos errores legislativos.

3.- Perfiles de las personas involucradas.

AGRESOR	AGREDIDA
♦ Puede provenir de cualquier estrato social, cultural o económico, religión o etnia. ♦ Comportamiento dual. ♦ No necesariamente es padece una enfermedad mental, ni drogodependiente, ni alcohólico. ♦ Visualiza a la mujer como objeto de su propiedad. ♦ Actitudes sexistas. ♦ No asume su violencia. ♦ Antecedentes familiares de maltrato como factor de riesgo. ♦ Reitera conducta con otras mujeres. ♦ Hostilidad y dependencia. ♦ Valores tradicionales (machismo). ♦ Inseguro, celoso y dominante. ♦ Tendencias antisociales y narcisistas.	♦ Miedo, ansiedad, depresión. ♦ Incomunicación y aislamiento. ♦ Indecisión e inseguridad. ♦ Sentimiento de culpa y vergüenza. ♦ Aceptación de la situación. ♦ Dependencia personal del agresor. ♦ Pérdida de autoestima. ♦ Identificación con el agresor (Síndrome de Estocolmo)

4.- Los ciclos de la violencia doméstica.

La violencia doméstica es ejercida por el autor de forma sistemática en el marco de relaciones de afectividad mediante agresiones psicológicas, verbales y/o físicas que se producen en forma cíclica.

Son ciclos continuos y de intensidad creciente en los que se distinguen las siguientes fases:

Tensión. La primera fase es la de acumulación de tensiones. Los incidentes son leves y las agresiones poco frecuentes. La mujer se sirve de estrategias para eludir la agresividad de su pareja y el hombre las interpreta como una aceptación de su autoridad.

Agresión. La segunda fase es la explosión violenta en la que los incidentes comienzan a ser periódicos y más graves y la mujer ya no intenta evitarlos, sino que espera que pasen lo más rápido posible.

Arrepentimiento-reconciliación. La tercera fase se produce cuando el agresor se muestra amable, llegando en ocasiones a pedir perdón, prometiendo no ejercer más violencia. La mujer cree en ello y asume la continuidad de la relación, pudiendo generar esta situación un sentimiento de culpa que le impide abandonar al agresor.

Los abusadores ejercen su poder de muchas maneras:

- 1- **dominación:** Deciden y crean en la víctima una mentalidad de sirviente.
- 2- **control económico:** Negación a la elección laboral, retención del dinero.
- 3- **manipulación emocional:** Justifica sus acciones a través de los celos, la pasión, el stress y la frustración. Encantador en público amenazador en privado.
- 4- **control:** Apodos ofensivos, juegos mentales, aislamiento de sus seres queridos y amigos.
- 5- **abuso físico:** Golpes, patadas, pinchazos, tirones de pelos, restricción de movimientos y en algunos casos amenaza con uso de armas.

- 6- **abuso sexual:** Obliga a su pareja a hacer cosas contra su voluntad.

Es muy importante que la policía utilice esta información para detectar en qué fase de las descritas se encuentra la mujer en el momento de la intervención policial y de este modo ofrecerle respuestas adecuadas, teniendo en cuenta que normalmente se presenta en la fase de agresión.

Aspectos psicosociales. Las necesidades de atención de las personas en situación de violencia doméstica variarán en función de sus diferentes realidades, lo cual implicará que la policía deba procurar un trato personalizado, debiéndose tener presente:

- ♦ tipo de maltrato sufrido.
- ♦ gravedad del maltrato.
- ♦ cronicidad de la situación.
- ♦ deterioro de la salud (física o psíquica).
- ♦ recursos personales y económicos.
- ♦ existencia de redes de apoyo familiar y social.

5.- Toma de conciencia y decisiones.

Es probable que la mujer que vive situaciones de violencia doméstica manifieste por primera vez lo que le está ocurriendo cuando se presenta en la dependencia policial. Se deberá

considerar que va a buscar ayuda en una situación personal compleja, que le genera gran confusión y no siempre tiene claro qué quiere, qué necesita, ni qué puede resultar de la intervención que se inicia.

Puede suceder que requiera un tiempo para decidirse dado que se encuentra en una etapa de toma de conciencia de su situación.

Su autoestima aparece debilitada y puede sentirse vulnerable y avergonzada, todo lo cual afecta sus emociones y su estado psicológico, llevándola incluso a sentirse culpable de la situación así como a tener actitudes aparentemente contradictorias.

Es importante que la policía actuante al tomarle declaración tenga en cuenta que:

- ♦ la mayoría de las mujeres evitan formular denuncia por miedo a represalias.
- ♦ la mayoría de las mujeres suele denunciar cuando existe grave riesgo para su integridad física o la de sus hijas/os o cuando la violencia se repite de manera cada vez más frecuente e intensa.
- ♦ la violencia doméstica es un problema complejo y multicausal frente al cual la policía no puede dar respuestas y soluciones simples.
- ♦ es importante tener presente los efectos de la violencia y todas las variables que están influyendo en esa situación cuando una mujer maltratada se presenta ante la policía.
- ♦ la detección precoz puede evitar que la situación de maltrato se haga crónica.

En la atención a la mujer que está viviendo una situación de violencia doméstica se debe considerar que se está ante alguien que va a buscar protección, pero que al momento de tomar decisiones duda, se siente insegura y hasta es probable que cambie su voluntad.

Puede suceder que abandone la comisaría sin causa justificada y vuelva después de algún tiempo. Puede terminar sus frases justificando o disculpando al agresor o culpándose a sí misma por los hechos ocurridos. Puede querer que la policía le ayude para que su pareja cambie, o pedir que le den un susto o que le expliquen qué hacer para mejorar la situación sin romper la relación. La mujer necesita a alguien en quien poder confiar, alguien que le dé seguridad, que le explique que no es culpable de la situación.

La policía en su trabajo debe comprender que ponerle fin a la violencia no es fácil. La mujer requiere de un tiempo para replantearse su futuro, valorar su realidad económica, el peligro potencial que existe para su integridad física, su propia capacidad para emprender una vida diferente, los apoyos y recursos familiares y sociales con los que cuenta, los sentimientos de sus hijas/os, etc.

6.- Consideraciones para una respuesta adecuada. Atención a las situaciones de violencia doméstica en las dependencias policiales.

Con el fin de apoyar y estimular a la mujer en el proceso de toma de decisiones al momento de realizar la denuncia es importante tener en cuenta por parte de la policía que:

- ♦ la escucha atenta y activa le facilita verbalizar sus sentimientos y dudas e ir avanzando en el proceso. Esto permite dar apoyo emocional a la mujer.
- ♦ reconocer sus sentimientos y dudas como parte del proceso necesario para salir de la situación, genera un aumento de la confianza en sí misma y la esperanza de poder cambiar su realidad, así como ayudarle a entender su malestar como una consecuencia de la violencia y el miedo.
- ♦ darle elementos para que entienda que el comportamiento del maltratador responde a patrones de conducta que le son comunes a los agresores, lo que le permitirá ir rompiendo la dependencia emocional generada por éste.
- ♦ proporcionarle información sobre los recursos disponibles así como de las distintas posibilidades que tiene para salir de la situación que vive, será de gran ayuda.

En esta primera instancia, los gestos, las actitudes y los comentarios que la mujer perciba de la policía, serán fundamentales para las posteriores actuaciones y para la imagen que se forme de las posibilidades que tiene de terminar con la situación de violencia.

Para que la actuación policial en estos primeros momentos sea exitosa, la mujer deberá saber que:

- ♦ cualquier momento es bueno para iniciar un procedimiento por malos tratos, aunque los hechos se vengán produciendo desde tiempo atrás.
- ♦ nadie tiene derecho de maltratar a otro y que no existen excusas para ello.
- ♦ ella no es culpable de los hechos, sino la víctima de los mismos.
- ♦ existen soluciones y apoyo por parte de las instituciones para ella y para los hijos, si los hubiere.

El apoyo que la policía debe brindar a la mujer se puede estructurar en los siguientes pasos:

- ♦ lograr que se sienta escuchada, comprender los hechos y sus sentimientos, así como comunicar interés, procurando calmarla.
- ♦ examinar las dimensiones del problema atendiendo el pasado, presente y futuro inmediato y las decisiones urgentes que se deben tomar.

- ♦informarle lo mejor posible de los recursos existentes proponiendo alternativas, ayudándola a redefinir el problema y las posibles acciones concretas.
- ♦ayudarla a tomar acciones considerando su estado emocional.

Motivos por los cuales la mujer se presenta en dependencias policiales.

La calidad de la atención en las dependencias policiales influye de forma determinante sobre el curso de los acontecimientos.

Una mujer no siempre acude a la policía para hacer una denuncia, también puede presentarse:

- ♦para buscar ayuda para terminar la situación de violencia.
- ♦por haber sido expulsada del domicilio familiar sola o con sus hijos/as.
- ♦para pretender retirar la denuncia, en nuestro sistema no se puede retirar la denuncia²⁴⁶.

En todas estas situaciones, la mujer ha vivido momentos difíciles que ya no puede resistir, tiene sentimientos complejos, siente vergüenza, tiene una mala imagen de sí misma, puede sentirse culpable de denunciar al maltratador. También teme represalias contra ella o contra la gente de su entorno, pues a menudo ha sido objeto de serias amenazas.

Al mismo tiempo y aunque parezca contradictorio, no desea causarle daño a su pareja y tan sólo espera que la policía detenga las agresiones.

Por todas estas razones, acudir a la policía es sumamente doloroso y no todas las mujeres están en condiciones de hacerlo y aún cuando lo logran, deberán sobreponerse al sentimiento de desamparo y confusión.

246 “Esta acción penal de ejercicio público, -es decir casi todas-, puede ser denunciada o anoticiada, **por cualquier persona** y presenta las siguientes características:

- 1.- es indivisible, se investigará a toda persona que pueda haber participado en el delito,
- 2.- es irrevocable, el particular no puede “retirar la denuncia”,
- 3.- es indisponible, se torna imposible el “volver atrás”, ya que las autoridades, una vez anoticiadas de un hecho que tenga apariencia de delito, deben impulsar la acción hasta arribar a una sentencia condenatoria o absolutoria, pero nunca pueden paralizar la acción o desecharla, es decir, no se puede disponer de la acción penal, por el principio de oficialidad de la acción”. PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Manual teórico-práctico policial*, 3º edición, Zeus, Rosario, 2011, p. 165/168.

Para poder exponer su intimidad y sus sentimientos, resulta esencial disponer de un espacio de privacidad. Es por esto que cada dependencia policial deberá procurar contar con un lugar adecuado para la atención.

Por otra parte y atendiendo a los ciclos de la violencia, también puede suceder que la mujer haya podido reconciliarse con su pareja.

Es frecuente que la pareja, pasada la crisis, se arrepienta de su comportamiento, minimice la gravedad, prometa no volver a repetirlo. Frente a estas reacciones y justificaciones, la mujer llega a sentirse responsable de los actos violentos de su compañero y del mal funcionamiento de la relación. Su pareja parece retomar una vida normal y espera mejorar la situación. La mujer termina retirando la denuncia con el objetivo de darle una nueva oportunidad.

7.- Victimización secundaria en dependencias policiales.

Corresponde precisar que existe victimización secundaria cuando la institución a la que la persona acude en busca de ayuda o protección, le brinda un trato inadecuado o injusto que la hace revivir su situación de víctima. Siendo esta una violencia institucional²⁴⁷.

En estos casos el daño lo produce el funcionario/a al no contar con la formación necesaria para dar las primeras respuestas adecuadas o hacer primar valoraciones o prejuicios que nada contribuye a que la persona pueda resolver lo que le está pasando.

Para evitar las situaciones de victimización secundaria, cuando quien se acerca a las dependencias policiales se encuentra en una situación de vulnerabilidad, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

- ♦reducir en la medida de lo posible los tiempos de espera, otorgándole las mayores
- ♦facilidades para presentar la denuncia, así como un trato preferente.
- ♦dispensarle una atención personalizada debiendo ser atendida en lo posible, por policías

247ARTICULO 6 Ley 26.485 — “Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil”

- ♦con formación específica y actualizada, propendiendo a contar en cada dependencia con un mínimo de personal capacitado.
- ♦la presencia del agresor, además de suponer un riesgo de nuevos ataques verbales o físicos, puede ser una oportunidad para ejercer intimidación o amenazas, representando un elemento de inquietud y temor que en nada facilitará la presentación de la denuncia o una declaración adecuada.
- ♦necesita serenidad y ello no es posible si comparte espacios con otras personas que también están transitando situaciones difíciles.
- ♦la curiosidad que su caso puede representar la convierte en centro de atención.
- ♦evitar actuaciones o comentarios que la disuadan de presentar la denuncia. No recriminarle si habiendo existido anteriores situaciones de violencia doméstica no las denunció o habiéndolo hecho, las dejó sin efecto.
- ♦evitar que durante el tiempo de su permanencia en dependencias policiales y en la medida que la infraestructura edilicia lo permita, comparta espacio físico con otros comparecientes y en especial con el agresor, teniendo presente
- ♦por considerar que la mujer se encuentra en condiciones inadecuadas se evitará que la denuncia se realice en forma manuscrita.

8.- Ley de Violencia Familiar Santa Fe – Ley N° 11.529- Prohibición de acercamiento y exclusión del hogar²⁴⁸.

Verificado el extremo de la existencia de una situación de violencia familiar (víctima y agresor), el Juez interviniente está facultado por la ley, exista el informe médico o no, para adoptar algunas de las medidas que entienda conveniente, con miras a que la supuesta situación cese y el agresor no pueda repetir el acto violento que se le imputa, el que será recién oído después de haberse tomado las medidas urgentes.

El Juez evaluará, según su arbitrio y las reglas de la sana crítica, el tiempo de duración de las medidas autosatisfactivas que ordene, según cada caso concreto, teniendo presente la celeridad necesaria en este tipo de procedimientos debido al peligro que corre la víctima.

²⁴⁸[http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/web/Legislacion-y-Jurisprudencia/Legislacion/Leyes/\(offset\)/10](http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/web/Legislacion-y-Jurisprudencia/Legislacion/Leyes/(offset)/10)

Estas medidas autosatisfactivas, que se encuentran enumeradas de manera enunciativa en el art. 5 de la ley 11.529, son entre otras:

- ♦ La exclusión del hogar del agresor - generalmente el varón- que genera la violencia tanto moral como física, con la restitución al mismo de la víctima; normalmente acompañada de una medida de distancia, que consiste en la imposibilidad de acercamiento del violento a cierta cantidad de metros de la víctima, no importando el lugar donde se encuentre la misma y siendo esto por un tiempo determinado (30, 40 o 60 días), la que se dispone con oficios a la autoridad policial para hacerla efectiva.

- ♦ También podemos mencionar el decreto provisorio de la cuota alimentaria, de la tenencia, como así también recabar informes que el Juez crea pertinente sobre la situación denunciada y pedir el auxilio y colaboración a las instituciones que atendieron a la víctima, etc..

La ley da por sentado que el denunciado es el agresor, a pesar de no haberlo escuchado todavía; por eso, a fin de evitar lesionar el principio de defensa en juicio y del debido proceso, el procedimiento de la misma permite al supuesto agresor ejercer su derecho de defensa mediante el desarrollo de audiencias, entre otras cosas. Por ello, esta herramienta debe ser empleada tanto por el particular como por el magistrado, siguiendo un patrón de prudencia y equidad a fin que el principio de justicia sea el que prevalezca²⁴⁹.

9.- Centros de Asistencia Judicial (CAJ)²⁵⁰ y Centros de consultas y atención

Son cinco los Centros de Asistencia Judicial (CAJ) que están funcionando en la provincia con el objetivo garantizar el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, ofreciendo contención, respuesta y acompañamiento a víctimas de delitos, así como el

249 P. v. http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/289_Galli.pdf

250 [http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/117354/\(subtema\)](http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/117354/(subtema))
<http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/147887/725595/file/RECURSERO%20PROVINCIA%20DE%20SANTA%20FE.pdf>
[http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/view/full/118608/\(subtema\)/93752](http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/view/full/118608/(subtema)/93752)

servicio de mediación penal. Los CAJ están situados en las ciudades de Santa Fe (nodo Santa Fe), Rosario (nodo Rosario), Tostado (nodo Rafaela), Reconquista (nodo Reconquista) y Vera (nodo Reconquista).

En cada CAJ el usuario puede presentarse solicitando respuestas para diferentes problemas en tanto víctima o testigo de un delito. De esa manera comienza a recorrer un camino con el apoyo y asesoramiento técnico de profesionales (abogados, trabajadores sociales y psicólogos). En otras palabras, el sistema fomenta una respuesta precoz e integral, cubriendo a las personas damnificadas por delitos y eventualmente a sus familiares y referentes próximos, siempre de cara a garantizar los derechos de las víctimas a la información, la justicia, y la reparación.

Por otro lado, la Oficina de Mediación Penal presenta como valor agregado el aprovechamiento de los recursos humanos especializados en diversas áreas que conforman la Oficina de Atención a Víctimas y que interactúan con las restantes Oficinas.

En el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, los CAJ cuentan con legitimación para representar a los damnificados por delitos como querellantes, facultad que engrandece la oferta institucional.

CAJ Santa Fe	Salta 2483 Teléfono: 54 - 0342 - 4619911 cajsantafe@santafe.gov.ar
CAJ Rosario	Moreno 1763 Teléfono: 54 - 0341 - 4728162 cajrosario@santafe.gov.ar
CAJ Vera	Buenos Aires 1823 Teléfono: 54 - 3483 - 422615 cajvera@santafe.gov.ar
CAJ Reconquista	Rivadavia 365 Tel. 03482-438897 cajreconquista@santafe.gov.ar
CAJ Tostado	Independencia y Presidente Roca Teléfono: 54 - 3491 - 4753333 cajtostado@santafe.gov.ar

- ♦ Línea gratuita habilitada para los cinco Centros: **0800-555-8632**

Centros de consultas y atención

- ♦ **Equipo Interdisciplinario de Violencia Familiar** - Ministerio de Desarrollo Social

El Equipo asesora y acompaña en el abordaje de situaciones de violencia contra las mujeres y realiza la articulación con refugios determinados para dicho fin.

Tiene por objeto la promoción de derechos y la capacitación a equipos de Violencia Familiar de Municipios y Comunas.

♦ **Centro de asistencia a la víctima y al testigo del delito** - Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe

Brinda un espacio de escucha, asistencia y asesoramiento a personas que han sido objeto de situaciones de violencia física o emocional, ejercida por individuos o por instituciones a fin de alcanzar su restablecimiento psíquico, físico y social.

- ♦ **Comisaría de la Mujer- Secretaría de Seguridad Pública**

En las mismas, se brinda a la persona víctima de violencia, información clara, directa, sencilla y se realiza el acompañamiento hacia las instituciones que deban intervenir.

Entre sus funciones se destacan; brindar asistencia policial, asesoramiento jurídico y atención psicológica a las víctimas de violencia. Tomar intervención en los delitos de instancia privada, de acción pública cuando resulten víctimas mujeres, menores e integrantes del grupo familiar.

♦ **Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes** - Poder Judicial de la provincia de Santa Fe

La creación de las mismas tienen el propósito de asegurar los derechos de las víctimas garantizados constitucionalmente, en cuanto a las posibilidades de encontrar una adecuada respuesta institucional a sus conflictos, privilegiándose de éste modo, políticas de facilitación de acceso a la Justicia.

El primer contacto que tienen la víctima o denunciante con los operadores del sistema de justicia se entrega un folleto que el CAJ (Centro de Asistencia Judicial) distribuye, y en el cual se dan a conocer los servicios que ofrece dicha entidad, y a donde el ciudadano puede optar por concurrir.